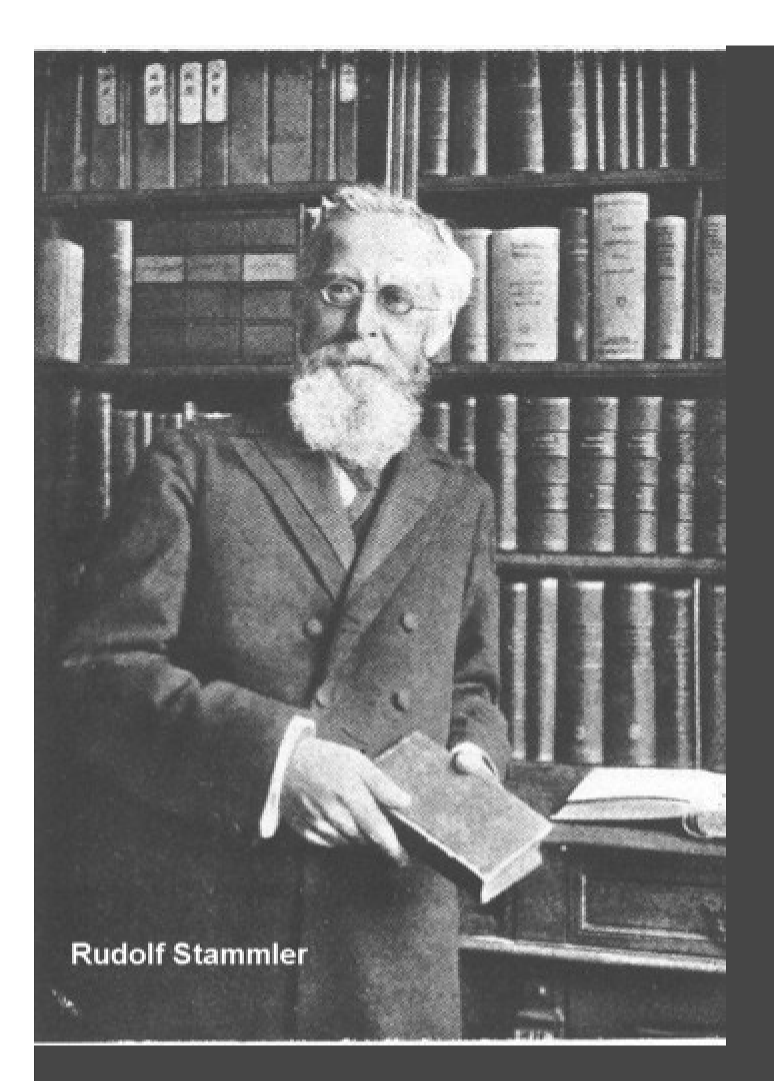
Rudolf Stammler

EL JUEZ

Primera edición cibernética, agosto del 2005

Captura y diseño, Chantal López y Omar Cortés



"Obrad de tal modo que la máxima de tu acción pueda valer siempre, al mismo tiempo, como el principio de una legislación universal".

Immanuel Kant.

Índice

Presentación



En este trabajo, Rudolf Stammler aborda de lleno la importantísima función desarrollada por el juez en cuanto elemento *sine qua non* de la aplicación del derecho. Porque resulta comprensible que sin la figura del juez, el derecho no pasaría de ser una serie de *buenas intenciones* expuestas en una maraña de ordenamientos normativos de nula aplicación.

Así, la figura del juez deviene en la piedra angular de la observancia, cuidado y aplicación del derecho.

El juez, figura central de la puesta en práctica de los diversos ordenamientos normativos jurídicos, debe ser un sujeto imbuido no sólo del conocimiento técnico del quehacer jurídico, sino también de una profunda concepción filosófica del derecho que le permita acceder al criterio de justicia para que éste le sirva de guía en sus resoluciones.

Rudolf Stammler conduce pacientemente al lector por los intrincados y no poco nebulosos laberintos del saber jurídico, induciéndole a que comprenda tanto la importancia de la figura del juez, como la responsabilidad que en él recae cada vez que debe pronunciar alguna sentencia.

Ciertamente Stammler presenta ejemplos basándose en codificaciones añejas que hoy son *letra muerta*, pero lo importante, lo fundamental de su mensaje, de ninguna

manera puede considerarse *caduco*, ya que su frescura permanece inalterable.

La lectura de El Juez, en cuanto texto complementario en el aprendizaje del derecho no sólo es necesaria, sino, nos atreveríamos a afirmar, imprescindible. Por supuesto que es posible que los estudiantes de derecho extraigan más provecho de su lectura si la realizan colectivamente como una *lectura de seminario*, lectura no obligatoria, sino ejercicio colectivo de discusión, análisis y reflexión.

Ahora, para el lector común, no estudioso del derecho, El Juez puede constituir una lectura de mucho provecho para su acervo cultural, y también como ejercicio intelectual, ya que una de las características hartamente positivas de esta obra, es su constante invitación a la reflexión y a la generación de la opinión propia.

Estamos seguros de que quien se aventure a leer El Juez, concuerde con nosotros en que, no obstante lo engorroso del tema, su lectura resulta muy divertida.

Chantal López y Omar Cortés

EL PROBLEMA

1. Introducción

En las anchas faldas de una colina alzábase, desde tiempos remotos, un espléndido templo. Se le divisaba desde muy lejos. Piedras bien talladas servíanle de cimiento y las líneas firmes y armoniosas de su fábrica se erguían gallardamente. Sabios sacerdotes velaban, en el interior, por su cometido de guardar el templo y atender a su servicio. Desde lejanas tierras, acudían en tropel los peregrinos a implorar ayuda. Y quien se sintiese solo y abandonado, salía de allí siempre fortalecido con la clara conciencia de que a cada cual se le adjudicaba con segura mano lo suyo y de que el fallo era cumplido inexorablemente.

Tal fue el Templo del Derecho y la Justicia.

Pero, entre los hombres comenzaron a despertarse otros afanes. La codicia de obtener ventajas materiales para sí y para los suyos se antepuso a todo, y los fallos sagrados del Templo ya sólo se buscaban para cubrir las apariencias. Las normas de conducta que de él irradiaban seguíanse tan sólo en contados casos, cuando así cuadraba a los designios de la multitud. Los fallos del templo se iban posponiendo a las

propias aspiraciones subjetivas, en el empeño de erigir éstas en medida y rasero de todas las cosas.

La afluencia de peregrinos al Templo era cada día más escasa. Sus servidores, preocupados, se reunieron para buscar el modo de poner remedio al mal. Y entonces, se vió que no era posible encontrar los medios para corregir y mejorar la situación creada mientras no existiese claridad acerca de los pensamientos fundamentales que se trataba de perseguir y asegurar. Mientras no sepa -se expresó uno, invocando las palabras de Platón- qué es lo *justo*, me hallaré muy lejos de saber si es o no una virtud y si quien la profesa es un hombre bienaventurado o malaventurado.

Por eso se juzgó necesario parar mientes antes de nada, en lo que es, en rigor el fin que se persigue: el Derecho y la Justicia. Conseguido esto, veráse también claramente de qué modo pueden afrontarse, con un sentido unitario y conductor, los diversos problemas prácticos que ello plantea incesantemcnte. Y se podrá, especialmente, trazar una línea certera de orientación a quienes, como jueces, están llamados a velar por el Derecho y aplicarlo.

Entre los que deliberaban no faltaban tampoco, ciertamente, quienes reputaban cosa baladí esa búsqueda de un pensamiento general y normativo. Basta -decían éstos- buscar hombres que cumplan su cometido con *sensibilidad* y *sentido común*, y llegarán a resultados *justos*. No hay más que discernir *de un modo objetivamente racional* los intereses de los litigantes y ventilar los litigios a tono con las exigencias de *la verdadera justicia*.

Pero, las palabras de quienes así hablaban no resolvían el problema planteado. Su programa no era falso, pero sí superficial. Sus postulados señalaban indudablemente, el

problema puesto a debate, pero no decían cómo había de resolverse. ¿En qué se conoce si las pretensiones y los deseos de los litigantes han sido juzgados con rectitud fundamentada? ¿Cuándo una pretensión responde al concepto del Derecho y no es, por ejemplo, un poder arbitrario? ¿Y qué es, en rigor, la justicia, por la que todos claman y que todos anhelan? Si, para determinar qué es *lo bueno y lo justo*, nos remitimos a lo que entiendan hombres de criterio *bueno y justo*, incurrimos, indudablemente en un circulo vicioso.

Por eso, cuanto con mayor fuerza se plantea el problema, con mayor certeza se ve que, aquí como en todas partes, es una orientación fundamental y segura la que, no sólo debe dar, sino que en efecto da la solución para cuantos problemas de tipo concreto puedan presentarse. Entregarse a ella ciegamente, sin analizarla, sería necio. Se trata, por tanto, de esclarecer con pensamiento crítico lo que tiene de peculiar ese método normativo, que en la realidad seguimos de un modo unitario; de ver claro ante nosotros mismos.

Con este fin ante nuestros ojos, podremos luego acometer la empresa de analizar la misión del llamado a servir como juez a la comunidad y a quienes la forman. Examinemos brevemente, antes de pasar adelante, el problema asì planteado en su conjunto.

2. Los casos concretos y su unidad

Nuestra vida se compone toda ella de casos concretos y limitados. Cuanto puede acaecernos, sea en el terreno de las percepciones o en el de las aspiraciones, es siempre algo condicionado y finito, limitado e imperfecto. Fines *ideales* y

medios *ideales* no existen en la realidad perceptible a través de los sentidos. Todo lo que nos sale al paso en la realidad tiene, pues, un carácter puramente condicionado. Otra cosa - el hecho de que un acaecimiento concreto tuviese un carácter absoluto- sería algo en contradicción consigo mismo.

Pero, que todo en torno nuestro sea incompleto y fragmentario y nuestra voluntad y nuestros deseos cualesquiera que ellos sean, un simple retazo, no quiere decir que nuestro patrimonio espiritual no encierre nada más que particulares. Estos casos particulares deben ser enfocados y dominados en una visión general, deben ser ordenados en forma unitaria. De otro modo, desaparecería hasta la posibilidad de ocuparse con algún éxito de los acaecimienlos concretos de nuestra vida.

Ningún caso concreto puede determinarse con claridad y nitidez, si sólo se lo enfoca aisladamente, como tal caso concreto y limitado. Es necesario compararlo con otros acaecimientos. Pero, para poder compararlos entre sí, hace falta concebirlos y enjuiciarlos todos ellos, por igual, con arreglo a un método coincidente. Y esto es, en realidad, lo que hacemos sin proponérnoslo, pues es indudable que un acaecimiento cualquiera, que jamás volviese a presentarse entre nosotros con sus modalidades peculiares ni encerrase ninguna enseñanza para la solución de problemas futuros, habría de sernos de todo punto indiferente. Por eso, para enfocar y manejar con justeza cualquier acaecimiento vivido conscientemente, necesitamos remontarnos a un pensamiento unitario determinante, frente al cual aquel acaecer especifico no sea más que una aplicación condicionada.

Esto hace que los objetos ante la consideración crítica se dividan en dos clases.

En una clase figuran los aspectos concretos comparados y relativamente generalizados, que forman la gran masa de las investigaciones científicas de toda especie. En la segunda clase aparecen los métodos ordenadores, como tales. Estos métodos se descubren indagando la posibilidad de unificar las sensaciones y aspiraciones en general. Pero, es necesario que los resultados a que esto conduzca tengan un carácter incondicionado. Si anduviésemos cambiando, inseguros, los métodos de ordenación, la finalidad perseguida con ésta quedaría frustrada. La teoría de las condiciones del recto conocer y querer -lo que en el lenguaje establecido se llama *la teorìa de las formas puras de la conciencia*- tiene, por tanto, un alcance absoluto. En cambio, todas las tesis, todos los estudios y aspiraciones determinadas y dirigidas por esas condiciones necesarias de ordenación -y que en el lenguaje tradicional se llama *la materia de la elaboración científica*- sólo pueden tener un sentido relativo y ser, si se logra elaborarlas con justeza, objetivamente adecuadas, siempre con un margen de mejoramiento en cuanto a su materia.

Tal es la distinción, necesaria en todas partes y nada difícil de suyo, entre la forma y la materia del mundo de nuestros pensamientos. Era necesario recordarla aquí, pues ella va a señalarnos también el camino para la solución del problema especial que tenemos planteado. En la misión que el juez ha de cumplir, es evidente que han de separarse también, de un modo unitario y firme, en todos los aspectos concretos que se examinen, el método general determinante y los actos y acciones especiales ajustados a el. Se trata, pues, de poner en claro exhaustivamente los pensamientos fundamentales condicionantes de la magistratura judicial. El problema no

está ni en formular unas cuantas vagas admoniciones morales ni en catalogar las prácticas notables de determinados países y tiempos. Lo que hay que hacer es trazar las líneas directrices que rigen de un modo perenne e incondicionado para todo juez.

Pero, ¿cómo es posible conseguir esto?

Aquí, preferimos penetrar directamente en el problema. Lo que exponemos a continuación nos brindará, en conjunto, la respuesta a esa pregunta. De antemano, baste decir que no dcbe procederse al azar, sobre experiencias que, en última instancia, sólo son personales y fortuitas. De lo que se trata es de ver resplandecer constantemente ante nosotros la unidad del espíritu, con la que se enlaza también armónicamente la actuación recta de todo juez.

3. La práctica

Hasta hoy, nadie ha conseguido descubrir un pueblo sin Derecho. Y difícilmente lo puede uno concebir. En cuantas tentativas se han hecho en ese sentido, se ha comprobado, una y otra vez que lo que se hecha de menos no es, precisamente, el derecho, sino que son, simplemente, ciertas y determinadas instituciones jurídicas. No ha existido jamás una conveniencia que no estuviese basada en relaciones sujetas a una ordenación jurídica.

Hay un relato de Herodoto sobreDeyoces, juez de los persas, donde se niega esto, de una manera muy singular. Los persas- nos dice este historiador- se separaron de los asirios y se quedaron viviendo completamente sin leyes. No por eso dejaron de existir entre ellos litigios. Pero éstos -se nos sigue

informando- eran ventilados magnificamente por un juez justiciero, por este mismo Deyoses. Hasta que un día, rehuyendo los aplausos que en exceso se le tributaban, él mismo, con ejemplar modestia, depuso su magistratura.

Nos encontramos aquí con algunos problemas ineludibles e importantes que no parecen resueltos.

Es evidente que todo litigio concreto de carácter jurídico tiene que examinarse u enjuiciarse desde un punto de vista general. Tal vez la norma superior que dé la pauta no aparezca definida en un código desarrollado, ni rija tal vez en ningun otro estatuto simplemente, como derecho consuetudinario; puede ocurrir, incluso, que se establezca por vez primera en el mismo fallo judicial y con él. En todo caso, es indudable que existen ya determinadas instituciones jurìdicas que sirven de fundamento. De no ser así, nadie podría considerarse lesionado en sus derechos, ni habría motivo para una intervención judicial de ninguna clase. Si algo demuestra el relato del famoso historiador es, precisamente, que no puede concebirse una vida social desprovista de orgenación jurídica.

Vemos, pues, claramente que es indispensable apoyarse en normas jurídicas fijas. Ni es posible tampoco, indudablemente, que la actuación judicial se reduzca a un puro practicismo. Todo juez obra movido por una fundamental orientación de carácter general, que inspira sus fallos, aunque a veces él mismo no tenga clara conciencia de ello.

En una ciudad universitaria menudeaban los actos indecorosos, que no dejaban bien parado el honor. Para acabar con ellos, se instituyó un tribunal de honor, cuya actuación, en muchos aspectos, se atenía, ciertamente, más que a las normas jurídicas de la ley, a las normas

convencionales del código estudiantil, del *comment*. A veces, el modo de enjuiciar un hecho era bastante dudoso. El presidente del tribunal estableció una regla que abarcaba gran parte de los casos litigiosos y que encontró buena acogida: Hemos de examinar -dijo- si los actos realizados por el reo bajo la acción del alcohol los habría ealizado lo mismo por la mañana temprano, antes de haber probado una gota. Era esta una máxima formal de carácter relativamente general, útil y aplicable en numerosos casos concretos. Un recurso de relativa generalidad.

Posiblemente quien lo había introducido lo hubiese descubierto por sí mismo, en el curso de su experiencia diversa y particular. O tal vez lo hubiese sido transmitido por otros que lo conociesen ya. Pero, el hecho de proclamar y enseñar esta norma de conducta se sale ya de la nueva práctica, pues práctica es, exclusivamente, el tratamiento de casos concretos en su delimitada particularidad. El adelantarse a ellos presupone ya normas y enseñanzas más generales, que son precisamente las que en la actuación práctica se han de seguir. Por tanto, el estudio metódico de lo que el *práctico* realmente hace y ejecuta nos lleva necesariamente a examinar aquello que constituye la premisa de su actuación.

4. La técnica

El primer acto en el progreso espiritual es la generalización. Tal acontece también cuando se trata de fallar o arbitrar litigios. La voluntad y la conducta que se perciben aisladamente se piensan como profesadas y ejecutadas prácticamente por muchos, y tal vez por todos cuantos el

pensamiento puede abarcar. De este modo, se convierten en una regla aprobatoria o reprobatoria. En la vida de los individuos, como en la de los pueblos, se forma en seguida un acopio de reglas de éstas. Así ocurre incluso entre los niños. Y la historia del derecho acumula los materiales jurídicos en cantidades inagotables.

Por este camino se van alumbrando también copiosamente las máximas de conducta en el terreno administrativo y en el judicial. Es imposible prescindir de pensamientos normativos de alcance general. No cabría ciertamente, decidir de una vez para todas, uniformemente, si un tutor debe enviar a su pupilo a esta o aquella escuela, o si debe dedicarlo a esta o la otra profesión. Pero sí hay un pensamiento unitario que preside toda tutela y al que ésta se tiene que someter: el tutor debe velar fielmente por el pupilo confiado a su tutela, protegerlo y guiarlo, al igual que por el adulto incapacitado y necesitado de protección. Este fin formal es el que ha de orientar todas las medidas del tutor.

No es posible mantener relaciones asiduas con los tribunales sin acogerse a ciertas observaciones. En un interesante y simpático libro de Dupré, pseudónimo tras el cual se oculta el nombre de un prestigioso maestro de derecho político, se describen las actividades de un abogado en la Alsacia rescatada por Alemania después de 1871. Y traza el esbozo de una psicología forense, cuyo objeto es el juez. Cuando el abogado -se dice en este libro- observa que el reo es tratado muy mal en la vista de la causa, el defensor considera esto como un buen síntoma respecto al fallo que se avecina, y viceversa. Algo habrá de verdad en ello, pero no faltarán tampoco, indudablemente, las excepciones.

También los jueces, a su vez, se forman, en el transcurso de su carrera, ciertas máximas de buen sentido. El llamado por su función a juzgar a otros hombres tiene que cultivar también, como lo hace todo hombre capaz de pensar, la psicología práctica. Se formará diversas reglas que le ayuden a conocer las intenciones de los demás. Se habituará a diversos recursos para interpretar las leyes, para analizar los hechos intrincados y para resolverlos en el plano de la cuestión de hecho y la de derecho. Pero, se le presentaran también necesariamente, situaciones en las cuales no tendrá más remedio que admitir y reconocer excepciones a esas normas. Cuantas reglas y enseñanzas se forme él o tome de otros dejarán alguna puerta abierta, algún flanco colgando; serán, en el fondo, también ellas, simples fragmentos. Y esto tiene su razón de ser.

Las normas y las máximas a que nos estamos refiriendo arrancan todas de premisas limitadas y versan sobre problemas limitados también. Estas normas, enderezadas a objetivos muy limitados y concretos, son las que llamamos *normas de la técnica*. Es con ellas, indudablemente, con las que todo hombre comienza a establecer normas generales. Muchos, demasiados, no pasan de aquí. Estos viven en un mundo de pensamientos técnicamente limitado y no levantan la vista de los acaeciminetos concretos, tal como se presentan aisladamente, más que para remontarse a una relativa generalidad.

Pero, esta manera de proceder no resiste a un examen crítico. Cierto que el maestro se revela en la limitación. Pero esto sólo quiere decir que debe evitarse el. buscar un caudal de saber demasiado extenso cuantítativamente; el saber tiene límites necesarios, y el juez no puede ni debe aspirar a una cultura enciclopédica. Sin embargo, aquí queremos referirnos

al desarrollo consecuente del pensamiento en una escala cualitativamente ascendente. No se debe admitir como principoio el que, en los problemas que se nos plantean, debamos detenernos en un punto limitado. Ningún fin limitado puede eludir la pregunta de para qué sirve; ninguna acción limitada puede tener la pretensión de servir de guía incondicional para otras tareas ulteriores.

Por eso, toda empresa técnicamente limitada sólo es, objetivamente, provisional. Si quiere razonarse y justificarse en su modo peculiar de ser, no tiene más remedio que seguir remontándose hasta llegar a apoyarse en algún pensamiento de absoluta validez, en una *teoría*, en el sentido auténtico de esta palabra.

Lo mismo acontece con la actuación del juez.

5. La teorìa

La palabra *teoría* tiene una historia variable y poco edificante. Paulatinamente, ha ido abandonando la antigua acepción griega, en que significaba *la doctrina de los métodos absolutamente valederos* del pensamiento científico para incorporarse a las faenas polvorientas de cada día. Hoy, es frecuente llamar *teoría* a cualquier relativa generalización. La Jurisprudencia técnica, por ejemplo, nos habla de la *teoría* de la voluntad o de la declaración, como síntesis del contenido de los artículos 116.120 del Código civil alemán; nos habla a propósito de la contratación entre ausentes, de la *teoría* de la aceptación, de la recepción o del reconocimiento, y, en lo tocante a la reparación de daños, de la *teoría* de la culpabilidad y de la del riesgo. Se conocen diversas *teorías*

sobre el modo como se fundaron las ciudades en la Edad Media alemana, en cuanto a la significación de las estatuas de Rolando, etc. La palabra *teoría* adquiere, incluso, una acepción un tanto despectiva, pasando a designar una doctrina técnica con cierto alcance general, pero de poca precisión y escasa nitidez en cuanto al detalle. Hasta llegar a la estigmatización de la palabra *teoría* por Mefistófeles, a la que, por cierto, un burlón le ha puesto por parangón, nada mal, *la verde mesa de la dorada práctica*.

Intentar aquí sanear el uso del lenguaje, sería perder el tiempo. Lo que nosotros nos proponemos es, simplemente, encontrar las bases objetivas necesarias para exponer, en el plano de los principios, la verdadera misión del juez.

Es frecuente escuchar una proposición negativa, que encierra una admonición: la función del juez no debe ejercerse en un sentido *formalista*. ¿Qué se quiere decir, con esto? El sentido de esta admonición se encamina a evitar que el juez se entregue al fin limitado de las normas plasmadas técnicamente. Con ello, los artículos de la ley se convertirían en fines de sí mismos, en vez de conservar su función necesaria de medios para un fin. No se debe perder de vista nunca el fin último de toda actuación judicial, que son los pensamientos del Derecho y la Justicia.

Estos pensamientos son los que, en el lenguaje establecido desde los tiempos del gran pensador griego, se llaman *las formas puras de la vida del espíritu*. Son los métodos fijos y permanentes de ordenación del mundo de nuestros pensamientos. Los métodos de ordenación tienen que permanecer absolutamente idénticos a sí mismos; de otro modo no cabría, como es lógico, ninguna clase de ordenación. Sólo con ayuda de esos métodos es posible una ciencia en

sentido socrático, es decir, una conciencia ordenada unitariamente.

Así, pues, la aplicación última de las formas puras es, precisamente, lo contrario de lo que se acostumbra a llamar *formalismo*. Se remonta a la totalidad de cuantos acaecimientos son posibles y nos suministra un método de ordenación absolutamente válido para aquellos.

Pues bien; la doctrina de este método de validez universal es la única que en rigor, como ya hemos apuntado, debiera llamarse *teoría*. Sólo su desarrollo y exposición permiten dar un firme punto de apoyo a los pensamientos y nos ofrecen una seguridad para tratar por igual las cuestiones concretas. Esto se ve claramente en el tema sometido a nuestra consideración: el de la misión del juez, su función de velar por el Derecho y la Justicia.

Lo primero se manifiesta, sobre todo, en los Tribunales, cuando se trata de evitar todo acto de arbitrariedad; y se manifiesta también en el deslinde de otras posibilidades: la moral y la honestidad de carácter, así como del decoro y los usos sociales exteriores. La primera tarea que plantea la actuación del juez consiste, por tanto, en describir el campo en que ha de actuar y el modo cómo debe dominarlo.

La segunda consideración se traduce en la noción ideal de que todas las aspiraciones, todas las exigencias y negaciones que caen dentro del concepto del Derecho deben guardar una armonía completa entre sí. Esto no es más que una idea. En la realidad que percibimos a través de nuestros sentidos y en su existencia linlitada, no acontece así. Y sin embargo, ese pensamiento absoluto de la justicia objetiva, que no se fija solamente en el Derecho positivo, con su limitación, es una estrella polar necesaria para todo el que tenga algo que ver

con el Derecho y quiera cumplir su cometido de un modo consciente. En esta dirección seguiremos desarrollando, por tanto, el problema, con objeto de descubrir más en detalle y esclarecer el fin ideal del Derecho, para luego ver cómo este fin ideal puede entrar prácticamente en acción, dentro del mundo condicionado de los negocios y los afanes. Con ello, coronaremos el problema y redondearemos lo más posible la misión del juez.

EL DERECHO

1. Derecho y naturaleza

En 1900, se abrió un concurso públioo para premiar el mejor estudio sobre este tema: ¿*Qué nos enseñan los principios de la teoría de la descendencia desde el punto de vista de la evolución política interna y de la legislación de los Estados*? Se presentaron numerosos trabajos, diez de los cuales fueron reunidos y publicados en 1903 con el título general de *"Naturaleza y Estado*. Los resultados de estas investigaciones encerraban gran valor para la penetración científica y toda una serie de sugestiones intelectuales. Lo que no podía suministrar este estudio era un arsenal de doctrinas para el político práctico. ¿No acontecerá otro tanto con un estudio que verse sobre la misión del juez? ¿Cabría ir a buscar en las ciencias naturales una orientación para el ejercicio de la magistratura judicial, tomando pie, tal vez, del hecho de que también entre los animales existe una vida social y se

encuentran formaciones análogas al Estado, al modo cómo Shakespeare, en su drama El rey Enrique V, nos presenta y nos pinta la sociedad de las abejas, de la que, al final, dice: *Como el severo juez, con hosco bordoneo, entrega al bostezante y perezoso zángano a la pálida mano del verdugo*.

Pongamos un sencillo caso de derecho.

En las faldas de una colina existían varios predios edificados, que en la primavera, con el deshielo. sufrian casi todos los años fuertes inundaciones. El propietario de una finca situada en lo alto mandó construir un estanque con un canal para el desagüe. Esta obra salvó su propiedad y aseguró, al mismo tiempo, las fincas de sus vecinos. Quiso que éstos contribuyesen con una parte a los gastos de la obra y, como se negasen, los demandó jndicialmente. Los demandados alegaron qne. según las leyes, no podía ejercitar contra ellos ninguna acción. La parte demandante o sus abogados invocaron el criterio general de la *interdependencia*, sobre el qne algunos sociólogos modernos pretenden fundamentar incluso el concepto de *sociedad*; según ellos, todo en la vida, incluyendo el litigio en cuestión, se rige por la ley natural de *la igualdad de las acciones y las reacciones*, ley condensada por Newton en esta fórmula: *Actioni contrariam semper et aequalem esse reactionem*.

Para ningún jurista puede ser dudoso la carencia de fundamento jurídico de la tal demanda. Pero, si el llamado a decidir se remitiese a la inexistencia de un artículo concreto en la ley, cabría la duda de si, por razones científicas de carácter general, babría que considerar fundada la demanda de indemnización interpuesta por responder a una consideración científico-natural y porque todo eu la vida se rige por las leyes de la *naturaleza*. Sólo una investigación

proyectada sobre los fnndamentos y los métodos puede dar una respuesta clara y definitiva a este problema.

La clave del asunto está en que todos los cambios o modificaciones, como este de que se trata, pueden enfocarse, de un modo absoluto, con arreglo a los distintos criterios de ordenación, según que se conteste a la pregunta: *¿Por qué?* o *¿Para qué?* En el primer caso, el principio de ordenación se establece sobre las causas y los efectos, en el segundo caso, sobre los medios y los fines. Allí, el presente se rige por el pasado, aquí por el futuro, donde queda enclavado el fin que hay qne alcanzar eligiendo, entre diversos medios, uno. En el primer caso, se enfoca la zona de las percepciones; en el segundo caso, el reino de la voluntad. A ambos puntos de vista corresponden, en la vida espiritual, de una parte, las impresiones de nuestros sentidos, y de otra parte las aspiraciones y los impulsos hacia resultados futuros. Fuera de estos dos puntos de vista, no existe, evidentemente, ningún tercer término para clasificar de un modo objetivo los posibles objetos de nuestra experiencia, pues no podría concebirse que esta experiencia se rigiese por algo que no fuese ni el pasado ni el futuro.

Pues bien; el Derecho no se cuenta entre las sensaciones transmitidas por nuestros sentidos. No es un objeto que se encuentre en el espacio. No es tampoco una forma mental para ordenar científicamente nuestras percepciones. Cae dentro del reino de la voluntad. Una acción judicial no indica que nadie contemple u observe algo externo, sino que alguién quiere algo. El que establece una norma jurídica no afirma un hecho percibido, sino que persigue determinados fines. Y cuando analizamos el contenido de un orden jurídico, éste no nos revela precisamente objetos físicos, sino un contenido de voluntad humana.

A este reino de los fines pertenece también la actividad del juez. Su función consiste en discriminar las aspiraciones humanas.

Veamos ahora, ante todo, en qué categorías generales se descompone esta zona de la voluntad.

2. Derecho y religión

Es cosa de antemano sabida que el punto de vista jurídico es solamente uno de los varios puntos de vista desde los que pueden enfocarse las aspiraciones y la voluntad en general. Y el primer problema que al juez se le plantea siempre, en un caso dado, es el de saber si el litigio de que se trata cae o no dentro de la zona del Derecho. Y, naturalmente, para poder decidirlo con fundamento no tiene más remedio que valerse de los criterios generales a que responde el deslinde de campos que ha de efectuar.

Una discriminación importante es la que hay que establecer, aquí, entre el Derecho y la religión.

El Espejo de Sajonia se refiere a uno y otra, con bellas palabras en su prólogo: *No está en mi mano* -dice- *hacer que todos los hombres sean razonables. Yo les enseñaré su deber jurídico y el buen Dios me ayudará a hacerlo cumplir*. Y, más adelante, habla de que el orden profano y el eclesiástico tienen que complementarse mutuamente para conseguir el bien. Así es cómo este Código deslinda los campos entre las dos zonas.

Y así es como se ha hecho siempre. Maquiavelo expresa este pensamiento de un modo harto dudoso cuando dice que el

político debe valerse de la religión, como *Numa Pompilio*, para mantener la paz y el orden en el Estado. La distinción de los dos órdenes de pensamientos se acusaba más nítidamente en la Alemania del pasado, cuando se decía que, en cuestiones religiosas, la reglanlentación jurídica no puede ejercer la coacción peculiar a ella. Así, por ejemplo, en la famosa *Dieta de Speyer*, en 1529, donde los evangélicos protestaron contra el hecho de que en materia de fe se dccidiese *por mayoría*; y con carácter definitivo en la magnífica fórmula del Código Nacional General prusiano de 1794 (II 11, 1): Las ideas de los habitantcs del Estado acerca de Dios y de las cosas divinas, la fe y el culto interior no pueden ser materia de leyes coactivas.

Como se trata de cuestÍones quc afectan sustancialmente al juez, resumiremos aquí algunas experiencias sacadas de la práctica jurídica, que encierran inportantes enseñanzas.

Disuelto un matrimonio por la Audiencia territorial, el marido, a quien se había declarado culpable, apeló contra el fallo. Antes de sustanciarse el recurso, las partes llegaron a una transacción; el recurso fue retirado y se llegó a un acuerdo sobre las reclamaciones patrimoniales y sobre las costas. El marido se obligaba a acceder al divorcio ritual con arreglo a los preceptos de la ley mosaica (Mois. 5, 24). Esta prescribe la redacción de una carta de divorcio en lengua hebrea, entregada solemnemente en presencia del rabino y de testigos. Si la carta no es entregada en la forma prescrita, se considera subsistente el matrimonio. No es fácil decir -añadieron los dos rabinos que comparecieron como peritos- si los preceptos de la ley judaica acerca del divorcio tienen carácter ritual, religioso, o constituyen normas jurídicas, puesto que datan de una época en que aún no se distinguía, como hoy se hace, entre Derecho y religión.

En el caso a que nos referimos, el marido cumplió todas las obligaciones convenidas, pero se negó a otorgar la necesaria carta de divorcio. La mujer pidió que se le obligase a hacer efectivo este requisito mediante una multa pecuniaria; por su parte, el marido interpuso demanda exigiendo que la parte de la transacción referente al divorcio ritual fuese declarada nula, alegando que la ejecución judicial de este convenio representaba una coacción intolerable para su conciencia.

En segunda instancia fue desechada la demanda, pero el Tribunal Supremo dió la razón al marido y declaró nula la transacción impugnada. Aunque en la sentencia se decía que la legislación vigente regula de un modo exhaustivo el Derecho matrimonial, queda en pie un problema: el de los límites de la libertad de contratación. En realidad, el problema debatido giraba en torno a la distinción entre la vida interior, sujeta a los dictados de la conciencia religiosa, y los deberes de la convivencia externa. Así, por ejemplo, la Ley de Asociaciones vigente en Alemania, de 19 de abril de 1908 (2 junio 1916; 19 abril 1917) y que dispone que las asociaciones *que tengan como finalidad influir en los asuntos políticos* serán objeto de un régimen especial, no es aplicable a un *círculo de lectores de la Biblia*, aun cuando se dedique a estudiar el *Libro sagrado* desde el punto de vista de su contenido social. A menos que se trate de tergiversar completamente su sentido en un plano de agitación, como se hace, por ejemplo, en la obra de Weitling, El Evangelio de un pobre pecador (1845).

Una moza de labranza, tomó parte, por orden de su señor, en una procesión para bendecir los campos. La enferma reclamó daños y perjuicios, alegando que se trataba de un accidente del trabajo. La asociación profesional competente para estos asuntos desechó la demanda, por entender que la procesión

constituía Un acto religiliso. En cambio, el Tribunal Superior de Seguros condenó al demandado a abonar una renta a la lesionada. En la sentencia se reconoce que, al querer estar representado en la procesión y enviar una criada de su casa, el religioso agricultor obraba movido también por motivos económicos. El criterio de que el hecho de tomar parte en una procesión constituye un acto agrícola de empresa, reconoce, por tanto, la existencia de una conciencia religiosa general. Por lo demás, la lesionada podía invocar también, en apoyo de su demanda de indemnización, la Ordenanza de Seguros del Reich, en su art. 924, toda vez que el accidente se le produjo en *otras prestaciones de servicios* encomendadas a ella por el patrono en virtud de su contrato de trabajo.

Pero, si se establece una distinción precisa entre la cuestión jurídica y la religiosa, es indudable que el pleito a que nos referimos cae exclusivamente dentro de la segunda zona.

El agricultor creyente que implora la bendición del Cielo para sus campos eleva por sí mismo su espíritu a la divinidad. Es una suplica plena de fe que dirige al Dios Todopoderoso, a quien confía el producto de su trabajo. Culmina este acto en la ofrenda de su persona al Poder divino, cuyos mandatos acata y reconoce como deberes emanados de Dios. No se trata en cambio, del contenido de una voluntad jurídicamente vinculatoria que le relacione con otros individuos dentro de la esfera de la agricultura.

Otro fallo lleno de enseñanzas para nuestro tema es la siguiente certera sentencia del Tribunal Departamental: Una mujer independiente fue acusada de no haber declarado al fisco el cobro de ciertos intereses. La acusada se defendió diciendo que había prestado dinero a un hermano, al cual había condonado tácitamente los intereses porque la *ley*

religiosa judía **no permite cobrar intereses a los parientes. Pero el tribunal, fundadamente, no dió por buena esta excusa. Aquella ley judaica era una ley jurídica, ajustada al concepto general del Derecho. Una ley derogada y sustituída por el Derecho posterior.**

En todos los casos expuestos se trata, como se ve, de perfilar el concepto formal de la voluntad jurídica, distinguiéndolo de otras voluntades que persiguen distinta finalidad. Veamos ahora cómo se distingue el Derecho de los preceptos de la moral.

3. Derecho y moral

La distinción señalada en el epígrafe ¿constituye realmente un dualismo de conceptos que se excluyen? No existe también un Derecho moral y no habla de deberes morales incluso el Código civil?

Todo la que puede decirse, a este propósito, es que ello depende del sentido de la palabra ***moral*****. Este término presenta dos acepciones, y quien no tenga esto en cuenta puede verse sumido, cuando se pare a pensar sobre este problema, en inseguridad e incluso en confusión. El doble sentido de la palabra** ***moral*** **depende de la idea que sirva de término de comparación. Y así, tenemos:**

1º Lo ***moral*****, por oposición a lo** ***social*****. Aquí, lo** ***moral*** **se refiere a la vida interior del hombre. Son sus intenciones, su carácter, lo que se considera. En cambio, lo** ***social*** **versa sobre la convivencia de los hombres, sobre la conducta de unos hombres respecto a otros. Esta primera distinción y la consiguiente definición del concepto de lo** ***moral*** **no puede**

ser, en definitiva, más sencilla; no presenta ninguna deficultad. Es un deslinde conceptual de las aspiraciones humanas. Toda intención, toda voluntad aparece enclavada en uno de lo campos, el de lo *moral* o el de lo *social*. Y el pensamiento de que se trate, sea el uno o el otro, agota siempre en su integridad el concepto correspondiente. Es este, según la terminología tradicional, bien conocida, un punto de vista *categorial* y no *ideal*.

2º Lo *moral*, por oposición a lo *malo*. Aquí, la palabra *moral* tiene el mismo valor que *justo*. Se trata de una voluntad fundamentalmente buena. En esta acepción, engloba tanto el punto de vista *moral* como el *social*, tanto la vida interior como la convivencia.

Esta terminología es harto desventajosa. Ha causado mucho daño, en cuanto a la claridad de pensamiento. Lo ha causado también en la jurisprudencia. Es cierto que el jurista está acostumbrado a manejar estos casos de *quaternio terminorum* como casos de pluralidad de acepciones de un mismo término. Sabe, por ejemplo, que la palabra *propiedad* tiene una serie de sentidos, según lo que le sirva de término de comparación; está habituado a distinguir cinco acepciones distintas del *derecho hereditario*, etc. No le sorprende, por tanto, el que haya divergencia entre la terminologia usual y la empleada por la ciencia jurídica, el hecho de que la palabra *posesión*, por ejemplo, se emplee en el vago sentido de lo mío o la palabra *fraude* respondiendo a un concepto de contornos indefinidos. ¿Por qué, pues, la variedad de sentidos de la palabra *moral* no va a permitimos esclarecer en cada caso el sentido objetivo en que esa palabra se emplea y el concepto que se toma como término de comparación?

La máxima de *No juzgueis, si no quereis ser juzgados*, se refiere a la vida interior. Trátase de sortear el peligro de las *murmuraciones*. Tampoco el juez, en nuestro país, debe entrar en ese terreno de la vida *moral*. No tiene por qué juzgar los pensamientos de nadie, mientras no sean más que pensamientos. La intención sólo interesa jurídicamente cuando se traduce en hechos dentro de la convivencia. Es aquí donde se acusa la clasificación de los diversos tipos de culpa como modalidades de la voluntad antijurídica. Y es aquí también donde cabe investigar si el hecho responde o no a una intención *deshonesta*, en el sentido del art. 20 del Código penal.

Alguien podrá pensar que estas tesis son demasiado evidentes. Pero, un análisis crítico de las manifestaciones teóricas que se contienen en los comentarios legales y en las sentencias judiciales del Derecho moderno nos enseña, desgraciadamente, que la ciencia jurídica no ha logrado todavía establecer, con carácter general, una distinción clara entre los conceptos de lo *moral*, como sinónimo de vida interior, y lo *jurídico*, como sinónimo de ordenación de la convivencia humana. De otro modo, no se interpretaría el mandato del Código civil de reconocer un *deber moral*, remitiéndose de un modo tan huraño a la zona, aparentemente extraña, de la *ética*, sino que se comprendería que cuando la ley habla de un *deber moral* se refiere, evidentemente, a una voluntad jurídica, pero a una voluntad que, respondiendo al concepto *del Derecho*, sigue a la par, como su estrella polar, la idea *de la justicia*.

No hemos salido todavía, en esta sección de nuestro estudio, de lo que llamábamos clasificación categorial de la voluntad humana. Se trata de deslindar el campo del Derecho. Lo que no entre dentro de éste, debe descartarse aquí, al trazar las

fronteras de la actuación del juez. En este sentido, hay que descartar ahora lo *moral*, como norma de vida interior y canon de intenciones. Este campo pertenece a la sublime doctrina cuya expresión suprema es el Sermón de la Montaña. Para una sentencia judicial que tenga que fallar acerca de un *deber moral*, en el sentido del art. 534 o de otros artículos del Código civil, el término de *deber moral* equivale, simplemente, a Derecho justo. Los puntos de vista que se contienen en aquellas normas legales caen conceptualmente dentro del campo del Derecho; el adjetivo de *moral* indica, aquí rectitud fundamental, no de la vida interior, sino de la voluntad jurídica de que se trate.

El problema de cómo descubrir esta cualidad ideal de una voluntad jurídica, se nos planteará en la segunda parte de nuestro estudio. Por ahora, tenemos que dar cima al deslinde categorial del concepto del Derecho. Sólo a título de ejemplo de cómo pueden presentarse en la práctica judicial los puntos de vista a que nos acabamos de referir, resumiremos un caso sencillo, tomado de la vida comercial.

En una pequeña ciudad, vivía una viuda con una tiendecita. La viuda, enferma, iba envejeciendo. Su único hijo la ayudó por espacio de unos veinte años, atendiendo a casi todo el negocio. Cuando tenía 26 años, la madre le cedió todos sus bienes, a cambio de que la tuviese en su casa y cuidase de ella mientras viviese. En el documento por el que se otorgaba aquella cesión de bienes se decía: *Mi hijo no ha exigido ni obtenido nunca remuneración por los largos años de servicios que me ha prestado, y me siento obligada a indemnizarle, en cierto modo, con esta cesión*. El hijo se casó. La madre, ya vieja, y la nuera riñeron; luego, se peleó también con el hijo. La madre quiso impugnar la cesión de bienes por *ingratitud*,

pero el hijo alegó que se basaba en un *deber moral*, siendo por tanto, según el Código, irrevocable.

Repetimos que el problema de la idea de fundamental rectitud de una voluntad y su proyección práctica será planteado más adelante, en su lugar oportuno. Veamos ahora cómo sigue definiéndose y deslindándose el concepto de la voluntad *jurídica*.

4. Derecho y usos sociales

En el Código civil, nos encontramos repetidas veces con la referencia a *los miramientos que se deben al decoro*. Con ello se estatuye una categoría especial de normas sociales que aparecen junto al Derecho. Tienen de común con éste el que versan sobre la convivencia externa y se distinguen de la moralidad del carácter y de la vida interior.

Estas normas del decoro y de la conducta exterior, de los usos sociales, de la etiqueta y del llamado Código del Honor son extraordinariamente numerosas. Hoy, se las suele agrupar bajo el nombre genérico de *reglas convencionales*. Cuando el Código exige que se las *tenga en cuenta*, la misión del juez consiste en observar y concretar, en los casos de que se trate, las reglas convencionales que se acostumbra a respetar dentro de determinados círculos, para decidir con arreglo a ellas.

Pero, ¿en qué se conoce si se trata de un querer convencional o de un querer jurídico? Es indispensable deslindar bien estos dos conceptos. Tratándose de normas de la primera clase, el juez sólo puede aplicarlas cuando una ley jurídica lo

prescriba; fuera de estos límites de las reglas convencionales, no pueden deducirse consecuencias jurídicas.

Sería un error querer fijarse en la presión psicológica que ambas clases de normas sociales ejercen. Es éste un punto de vista subjetivo, que no sirve para esclarecer la fisonomía peculiar de un concepto. Trátase, además, de un criterio oscilante, pues los *deberes* convencionales pueden en ocasiones, ejercer una presión mucho mayor que los vínculos jurídicos. Fijémonos, por ejemplo, en la norma que permite al tutor hacer, en nombre y por cuenta de su pupilo incapaz, regalos que respondan a las exigencias del decoro: ¿qué clase de presión psicológica ejercen estos deberes impuestos por el decoro?

En la práctica, todo el mundo se da cuenta, en seguida, de que unas mismas normas aparecen unas veces como reglas convencionales y otras veces como reglas jurídicas, fluctuando constantemente entre ambas esferas. ¿Quién no conoce la historia del gorrión guardado bajo el sombrero y que escapa al saludar? ¿En qué categoría de normas sociales entra este caso? ¿A qué concepto responde el saludo de Gesaler? Se dice que en el ejército ruso se suprimió, restableciéndose luego, el deber del saludo.

En sus Historias de Carlomagno, cuenta Notker *el Tartamudo*, que aquel emperador envió un embajador a la Corte del Rey de Constantinopla. Este le invitó a su mesa. Los nobles habían establecido la ley de que ningún comensal del rey podía dar la vuelta a los manjares en la fuente en que les eran presentados. El huésped, ignorante de esto, dió la vuelta a un pescado. Al verlo, todos saltaron de la silla, indignados, y dijeron al rey: *¡Señor, os han deshonrado, como ninguno de vuestros antepasados lo fue!*. A lo cual, el rey contestó,

suspirando vuelto hacia el embajador: *No puedo negarme a que te maten sin más dilacíones. Pídeme cualquier otra cosa, y te la concederé inmediatamente*.

***Puesto que tengo que morir* -pidió el embajador-, *solo exijo una cosa: que le saquen los ojos a quien me haya visto dar la vuelta al pescado*. Todos juraron que no lo habían visto. El astuto germano burló de ese modo, en su propia sede, a la vanidosa Hélade, retornando a su patria sano y salvo y como vencedor.**

Esta deliciosa historia nos enseña, además, que no es decisivo, en la distinción aquí investigada, el remitirse al Estado. Cuando los hijos de Israel se vieron obligados a vivir cuarenta años en el desierto, es indudable que vivieron bajo los severos preceptos del Derecho, pero hasta que no conquistaron la tierra prometida no llegaron a formar un Estado. Otro tanto acontece con la vida de los nómadas y demás tríbus errantes, sin residencia fija. La explicación de esto está en que el concepto del Estado depende lógicamente del concepto del Derecho, puesto que el Estado no es más que una agrupación jurídica de carácter especial, por cuya razón el problema de las características formales que integran el concepto del Derecho no puede resolverse mediante su proyección específica sobre el concepto del Estado. La distinción conceptual entre reglas jurídicas y convencionales solo estriba y puede estribar en la modalidad absolutamente condicionante de la vinculación según la cual los fines de uno se toman como medio y a la inversa para los fines de los demás. Esta vineulación de la voluntad así concebida puede establecerse como un vínculo para cada caso concreto, por voluntad subjetiva de los interesados, o bien de un modo permanente, objetivo e independiente de la voluntad de las personas a quienes ello socialmente afecta. En el primer caso,

se trata de una simple invitación a asociarse con otros, invitación que cobra cuerpo en la regla convencional; en el segundo caso, nos encontramos ante normas autárquicas, que son las que, desde este punto de vista, expresan el concepto del Derecho.

Este es el criterio que tiene que servirnos para establecer y aplicar fundadamente, en cada caso, el limite divisorio entre las dos zonas. Las leyes del duelo de la Edad Media, tal como las describe, por ejemplo, Walter Scott en el Ivanhoe, cuando pinta la liza caballeresca de Ashby, recaían jurídicamente sobre quien se sometía a ellas; en cambio, hoy, la aceptación de un reto a duelo tiene mero carácter convencional y es, incluso, contraria a Derecho. Por lo general, las ordenanzas de paz territorial proclamadas en el Imperio Alemán desde el siglo XII tenían el carácter de una transacción, que había que jurar y que sólo obligaba a quienes la habían jurado. Federico Barbarroja intentó, en la paz del Roncal, imponer un deber general de juramento a todos los hombres de 18 a 70 años, pero el intento, de momento, no prevaleció. No obstante, no cabe la menor duda de que el deber de acatar la paz territorial era para cuantos la asumían, un deber jurídico.

Dentro de la moderna vida comercial, el juez tiene que seguir y aplicar prácticamente la distinción a que nos venimos refiriendo hasta en sus últimas ramificaciones. A veces, la terminología comercial empleada moverá a perplejidad. Un ejemplo. Entre dos comerciantes se concertó una operación de compra de dos vagones de cerdos daneses. El primer vagón llegó, pero el segundo no fue entregado. El comprador escribió al vendedor que *vería complacido la llegada del segundo vagón*; en una segunda carta le decía que *agradecería le comunicase si podía contar con el segundo vagón*. El tono de excesiva cortesía y amabilidad podría, tal

vez, empañar aquí el verdadero sentido jurídico de la notificación, por virtud de la cual el vendedor incurre en mora, según el art. 284 del Código Civil.

5. Derecho y arbitrariedad

Resumiendo lo expuesto, vemos que la zona del Derecho, acotada conceptualmente, sólo deja ya un flanco al descubierto.

El Derecho forma parte del reino del querer, no del de los fenómenos del espacio. Es una modalidad del querer vinculatorio, que hace posible el concepto de la convivencia humana, a diferencia de la vida interior de cada individuo. Y entraña una modalidad autárquica de vinculación, un tipo permanente de regulación exterior, que se distingue de los vínculos puramente convencionales, establecidos por voluntad subjetiva y en cada caso concreto. Pero como, en esta vinculación autárquica, los vínculos son independientes del consentimiento de los interesados y tienen el carácter de una regulación coactiva, surge el problema de saber si ésta no podrá trocarse fácilmente en arbitrariedad personal por parte de quien ejercite el poder. ¿Cómo trazar aquí una firme línea divisoria, caracterizando el Derecho frente al poder arbitrario? ¿Cuándo nos encontramos ante un fenómeno o ante el otro?

Se ha intentado aplicar, para esto, la llamada *teoría de la legitimidad*. Según ella, sólo existe Derecho cuando éste nace a tono con el Derecho anterior. Pero esto no concuerda con los resultados de la Historia. como hubo de subrayarlo en una ocasión Bismarck, en su interesante correspondencia con

Gerlach. Además, se dá por supuesto, en realidad, el propio concepto del Derecho, pues el razonamiento tiene necesariamente que arrancar de un punto de partida lógico.

También aquí hay que establecer un criterio formal fijo para definir el concepto del Derecho y deslindarlo del de la arbitrariedad. La bondad del fin perseguido no es lo que puede decidir aquí. Es interesante, en este punto el relato del Antiguo Testamento en que Daniel eleva sus oraciones a su Dios, infringiendo con ello los preceptos del Derecho regio. Al ser denunciado, el rey sintió gran pena. Pero no tuvo más remedio que ceder: *En verdad, que nadie puede atentar contra el derecho de los medos y los persas*. Y Daniel fue condenado a la fosa de los leones.

Este problema aparece expresado con gran agudeza en la escena famosa del Mercader de Venecia. Cuando le sugieren a Porzia, en sus funciones de juez, que faltara una vez al Derecho, que infringiera el Derecho por una vez para evitar un mal mayor. Porzia replica: *No puede ser; se invocaría como un precedente, para justificar más de un desafuero en el Estado; no, no puede ser*.

También el desviarse con buena intención del Derecho firmemente establecido constituye arbitrariedad. Esta se caracteriza, a su vez, por el capricho subjetivo del que dispone, cuando se lanza a ordenar lo que le parece en cada caso, según sus sentimientos personales. Y el Derecho quiere ser, como tal, inviolable. Puede ser infringido, pero no es esa su voluntad. El hecho de que, manteniéndose en vigor como un todo el orden jurídico de que se trate, se falte a él en un caso dado, constituye una infracción jurídica. En otro lugar, veremos que puede modificarse, violando el Derecho establecido, por la vía de la creación originaria de Derecho;

este problema lo examinaremos en el capítulo siguiente, cuando investiguemos los orígenes del Derecho que el Juez ha de aplicar.

Federico el Grande expresó de uu modo muy preciso este concepto de la observancia del Derecho general vigente en su *Proyecto de Corpóris Iuris Fridericiani* de 1746. En él, se dice que no deben considerarse vigentes los restrictos reales que contradigan al Derecho en vigor sin que el rey lo haya advertido. Es este un pensamiento que encierra un valor de perennidad.

Al morir Ricardo Wagner, el 13 de febrero de 1883, se pidió que las representaciones del Parsifal se reservasen para los festivales de Bayreuth, incluso después de 1913. Se opinaba que esto podía hacerse por medio de una ley. Pero era un error. En nuestro Derecho de propiedad intelectual se dispone legalmente que *no será válida, en lo sucesivo, la concesión de un privilegio para proteger el derecho de autor*. Mantener en vigor esta norma y otorgar, al mismo tiempo, un privilegio, habría constituído una arbitrariedad antijurídica, aunque partiese de las instiluciones del Estado encargadas del poder.

Con lo expuesto, queda definido el concepto formal del Derecho. Derecho es el querer vinculatorio, inviolable y autárquico. Queda deslindado así, nítidamente, el campo dentro del cual tiene que ejercer el juez su misión, consistente en administrar el Derecho y velar por él.

EL ARTICULADO

1. El concepto del Derecho y el Derecho positivo

De lo expuesto, se deduce que la palabra *Derecho* (aun en su acepción de Derecho objetivo) se emplea en dos sentidos. En uno de ellos, significa una especial modalidad formal del querer humano. En este sentido, se distingue de otras modalidades del querer humano, a saber: de la moral, de la convencional y de la violencia arbitraria. Esta acepción del Derecho es asequible solamente a la mirada crítica. No pocas confusas disquisiciones, sobre todo en torno a las relaciones entre el Derecho y la moral, se habrían ahorrado si se hubiese tenido presente que, en la significación que aquí se da a la palabra *Derecho*, había que prescindir en absoluto de toda referencia al Estado, a la coacción y a los preceptos concretos, ya que, enfocando nuestro concepto en el primero de los dos sentidos, sólo se trata de un análisis de pensamientos de ordenación formal.

En cambio, la otra acepción, en la que el Derecho se nos presenta plásticamente, por decirlo así, entraña un contenido material de exigencias, que responden a aquel concepto formal del Derecho, reiteradamente expuesto aquí. Ahora, se trata de normas materialmente condicionadas. De normas con contenidos de voluntad limitados, que se caracterizan en un plano general por la orientación de los pensamientos en el concepto puro del Derecho.

Como ocurre con todo lo perceptible a los sentidos el Derecho, en esta segunda acepción de la palabra, es, por lo general, más fácil de reconocer que la modalidad puramente metódica de ordenación espiritual que representa la voluntad jurídica en la primera de las dos acepciones. Considerado en

esta manifestación condicionada, el Derecho suele llamarse también *Derecho positivo*.

La noción de *Derecho positivo* es, por tanto, una noción compleja. Entraña, de una parte, un contenido limitado de voluntad y, de otra parte, el pensamiento general incondicionado que nos ayuda, como concepto formal del Derecho, a clasificar y determinar la materia de las aspiraciones humanas.

Una vez habituados a este análisis y a este esclarecimiento de nuestro patrimonio espiritual en cuanto a la forma y a la materia, se ve que, en el aspecto social, esta investigación metódica puede ser doble. En efecto, la vida social representa uua cooperación. En esta noción, hay que distinguir, de una parte, como materia, los actos reales concretos coincidentes y mutuos, y de otra parte, como premisa necesaria, determinadas instituciones juridicas, sin cuya existencia la cooperación efectiva no podría enfocarse más que como un fenómeno natural, pero no estudiarse como objeto de especial investigación científica. Y como la cooperación, según esto, solo puede concebirse como objeto de estudio social bajo la condición lógica de que existan ciertas instituciones jurídicas, llegamos a la conclusión de que el Derecho, como condición del concepto de la vida social, es precisamente la forma de la existencia social correspondiente. Es dentro de esta forma social donde se presenta luego la distinción entre el concepto del Derecho y el Derecho positivo, que acabamos de examinar.

El juez tiene que ocuparse del Derecho en ambos sentidos. Aqui, como siempre, el análisis crítico no entraña un dilema, sino una unidad. El juez tiene que ejercer prácticamente las dos acepciones del Derecho que hemos distinguido aquí clara

y nítidamente, en el plano teórico; la única manera de que se coloque a cada una de ellas en el puesto que le corresponde es dejar bien definidas la peculiaridad permanente de cada una y sus relaciones con la otra. En el capitulo anterior hemos visto, con ejemplos tomados de la práctica, cómo es necesario, en la actuación judicial, tener en cuenta la modalidad formal del concepto del Derecho frente a otras modalidades de la vida espiritual del hombre. Examinemos ahora más de cerca lo que se refierc al Derecho positivo, en el sentido en que lo acabamos de definir.

Veamos ante todo cómo surge en el curso de la historia.

2. Orígenes del Derecho positivo

El hombre gusta de esperar que una potencia superior le trace su destino. En épocas ya muy avanzadas y en países densamente poblados, siente con fuerza esta relación de dependencia con aquellas potencias superiores; pero es en los tiempos antiguos cuando la percibe con mayor claridad.

En todas las religiones paganas, nos encontramos con que son los dioses los que crean el Derecho. Esta concepción aparece también en el monoteismo oriental. En el Antiguo Testamento, es Jehová quien proclama directamente a Moisés las diversas normas jurídicas, muchas de ellas de un carácter harto minucioso. En las Suras del Corán, Mahoma advierte que sus reglas de Derecho son leyes divinas. Este punto de vista no es ajeno tampoco al Occidente ni al Cristianismo. Sin embargo, este modo de ver no puede corresponder en modo alguno, a una concepción religiosa esclarecida. Para ésta, el Derecho no puede ser otra cosa que un querer humano,

llamado sin embargo a cumplir, en el aspecto religioso, una mision divina.

La inspiración del cielo es sustituída en la época del racionalismo por el *libre* legislador. Este punto de vista sigue siendo actual hoy en muchos aspectos. Parece como si bastase pararse a meditar *racionalmente* lo que en rigor debiera ser el Derecho, para verlo implantado sin más dilación. Pero esta concepción es insostenible. Aquí, se trata del establecimiento del Derecho positivo, cuya materia brota históricamente y sólo *sous des restrictions terribles* admite un cambio lento y un mejoramiento eventual. Las condicionalidades históricas de la existencia pesan sobre nosotros en todo momento; no podemos deshacemos de ellas, del mismo modo que el médico no puede, en vez de coadyuvar prudentemente al curso de la naturaleza, adjudicarle al enfermo un nuevo organismo.

Cuando, a comienzos del siglo XIX, se inicia la tendencia del romanticismo, ésta representa un progreso muy discutible. Para ella, la fuente del Derecho debía ser el *pueblo*, concebido como un todo natural, con un *alma* propia e independiente. Pero la afirmación de un *espíritu del pueblo* como una magnitud limitada e históricamente maravillosa, se halla en contradicción con los principios de la investigación científica, la cual no admite ninguna causa finita que no sea, a su vez, efecto de una causa anterior. Y así, vemos cómo las pecularidades nacionales, que podrían considerarse como el carácter condicionado de un pueblo, cambian a su vez en el transcurso de la historia.

La clave para la solución de nuestro problema sobre los orígenes del Derecho positivo está en su propia historia. La formación del Derecho se desarrolla en procesos a los que la

teoría crítica del Derecho ha dado el nombre de *ciclo de la vida social*. En la Economía, ordenada por el Derecho, se forman fenómenos homogéneos de masas, que hacen brotar aspiraciones encaminadas a la modificación del Derecho vigente en tal o cual punto. Si estas aspiraciones prosperan, el nuevo Derecho da origen, a su vez, a nuevos fenómenos homogéneos de masas, y así sucesivamente, sin interrupción.

De esta observación teórica se derivan inmediatamente y con carácter imperativo ciertas consecuencias prácticas para la actuación del juez.

Una de ellas se refiere a la interpretación del Derecho dudoso. Aquí, se encierra una orientación para resolver el problema, que surge involuntariamente, de cómo se debe interpretar de un modo objetivo un Derecho confuso en su expresión. Como el Derecho, por sus orígenes, brota del pasado, es inevitable para poder esclarecer su sentido real, observar su génesis y su nacimiento. Y huelga decir que con ello se establecen las bases necesarias para poder desarrollar el Derecho y mejorarlo dentro de lo posible.

De las anteriores consideraciones, se desprende asímismo que la *jurisprudencia sociológica* que últimamente recomiendan no pocos autores para la administración de justicia solo puede tener un margen muy modesto de aplicación. Pero, a esto nos referiremos con más detalles en su lugar adecuado (VI, 2), cuando estudiemos los problemas de la ciencia juridica práctica.

3. Las fuentes del Derecho

En su aspecto exterior, la creación del Derecho positivo se desarrolla mediante actos a que se dá, desde antiguo, el nombre de *fuentes del Derecho*. Hay dos clases de fuentes del Derecho. Puede ocurrir que el contenido del Derecho cambie a tono con su Constitución y con los demás preceptos jurídicos que se refieren precisamente a los cambios que pueden introducirse en él, en su aspecto exterior: es éste el modo derivativo de creación del Derecho, dentro del cual queda enclavada la teoría de la ley y el decreto, y la costumbre. Pero puede también ocurrir que el Derecho se modifique de modo originario. En estos casos, el nuevo Derecho surge de un modo distinto a cómo había sido previsto por el Derecho positivo vigente con anterioridad. El cambio se produce con un golpe de Estado o una revolución, por la conquista, por efecto de contratos originarios, etc.

¿Cómo explicar científicamente estos casos de creación de Derecho por la vía originaria? En su obra sobre los orígenes de la Confederación alemana del Norte, Binding expone que esta nueva entidad política no pudo apoyarse jamás en el Derecho anterior; y califica de *vicio de legalidad* el hecho de que los parlamentos de los Estados soberanos acordasen la entrada de éstos en la Confederación bajo un nuevo Poder Central, ya que carecían de competencia para ello. Otro tanto acontece con la ley transitoria de 4 de marzo de 1919, pues la Asamblea Nacional, que refrendó los actos del gobierno revolucionario había recibido también su competencia de uno de estos actos. Pero el problema de la creación originaria de Derecho hace mucho tiempo que ha dejado de interesar exclusivamente al político práctico, para trascender también, y en notable medida, al campo de la actuación judicial.

El problema, antes tan discutido, del derecho de constitucionalidad debe considerarse hoy positivamente

resuelto, en lo esencial, reconociéndose al juez el derecho y el deber de indagación, en este respecto. Siendo misión de los tribunales aplicar y defender el derecho es lógico que se hallen facultados para establecer lo que, en un caso dado, constituye el Derecho. Así lo entiende también el Tribunal Supremo, que ha sentado jurisprudencia constante en este asunto. En un caso especial, la antigua Constítución del Reich (art. 13, 2) reconocía la facultad de indagación del juez en los conflictos entre el Derecho del Reich y el Derecho de los Estados.

Dos problemas, principalmente, se han planteado en estos últimos tiempos, en lo que se refiere a la creación originaria de Derecho, a saber: ¿Caso de triunfar una revolución, el Gobierno *provisional* goza de facultades legislativas ilimitadas; o sus decretos sólo rigen con imperio jurídico cuando sean refrendados por el Poder *definitivo*? ¿Los órganos de un movimiento revolucionario triunfante gobiernan en virtud de su propio Derecho, o deben ser considerados, simplemente, como *gestores de negocios* de la colectividad jurídica del Estado, en cuyo caso serán responsables ante ésta por sus decretos y la colectividad podrá revocarlos en cualquier momento? ¿Y qué ocurre si la revolución estalla en un Estado federal y sólo transforma por vÍa originaria el Poder central, pero no el derecho de cada país federado?

Las sentencias contenidas en los últimos volúmenes publicados por el Tribunal Supremo muestran cómo se les han planteado a los jueces estas dudas en una serie de casos jurídícos concretos. Un caso interesante también es el siguiente: En la primavera de 1919, hombres de la división de marinos de Braungchweig abrieron fuego contra un avión de la Reichswehr, hiriendo a un ciudadano en la calle. El

Gobierno existente por aquel entonces en Braunschweig se había servido de la división de marinos para la prestación de servicios al Estado, encomendándole funciones de servicio de carácter público. El tribunal apreció negligencia por parte de los tiradores; esto planteaba el problema de quién debía indemnizar a la persona lesionada culpablemente.

La solución de todos estos problemas estriba en lo siguiente: existe un *nuevo Derecho* cuando se impone efectivamente una voluntad social que responde íntegramente al concepto de *Derecho*. El saber cuando esa voluntad se impone de un modo efectivo, es un problema psicológico, que en ciertos casos puede dar lugar a dudas. La posibilidad de influir en otros hombres requiere también que éstos se presten a ello. No puede imponerse desde las alturas, con precisión matemática, un poder natural meramente mecánico. Si esa influencia es un hecho positivo, se abrirá paso nuevamente el concepto del Derecho, tal como ha quedado definido en el capítulo anterior y como aquí lo enfocamos, en su proyección práctica dentro del campo judicial. El Derecho por vía originaria se incorporará al desarrollo general del Derecho, y el juez, en cuantos litigios puedan presentarse, deberá tenerlo en cuenta al igual que el Derecho anterior.

4. La capacidad de discernimiento del juez

La jurisprudencia figura entre las ciencias prácticas: es decir, que sus principios y doctrinas se caracterizan objetivamente por el hecho de aplicarse a los casos especiales planteados por la experiencia.

La aplicación práctica del Derecho se realiza por medio de deducciones jurídicas, o sea, derívando los juicios jurídicos de las premisas generales.

Hay dos clases de deducciones jurídicas:

1. Las deducciones jurídicas mediatas, necesarias cuando un problema jurídico especial ha de enjuiciarse atendiendo a las normas especiales contenidas en las reglas jurídicas formuladas técnicamente y que un determinado Derecho estublece como definitivas.

2. Las deducciones jurídicas inmediatas son las que implican juicios basados en un Derccho fundamentalmente justo. Aquí, la norma que sirve de premisa es aquella norma jurídica que, en el caso concreto planteado, refleja la decisión fundamentalmente.

Las deducciones jurídicas inmediatas se ajustan a este esquema lógico general:

Si V. da F.

y A. es V.
para A. rige F.

Un ejemplo. La posesión de una cosa se adquiere cuando se obtiene el poder material sobre ella: ¿se dá este requisito, en el caso concreto de que se trata, para atribuirle los efectos propios de la posesión? Otro ejemplo. Las partes esenciales de una cosa no pueden ser objeto de un derecho real independientemente de la cosa de que forman parte: ¿qué pasa con las máquinas y con otros objetos incorporados físicamente a un edificio? Otro: el hecho de retar a un duelo con armas mortíferas se halla castigado por la ley: ¿es aplicable esto a los duelos estudiantiles? Y así sucesivamente,

como cualquier persona que conozca un poco estos asuntos sabe hasta la saciedad. ¿Qué cabe decir acerca de esto, en una investigación de carácter general?

Por el momento, nos referiremos exclusivamente a las deducciones jurídicas mediatas (V. infra V, 5).

La norma que sirve de premisa es, en cuanto a sus condiciones y efectos, un juicio hipotético contenido cn el articulado de un orden jurídico; su sentido debe fijarse por via de interpretación. Pero, no siempre es posible empalmar a ella con absoluta exactitud la norma que se deduce. Aquí, aparecen yuxtapuestas diversas nociones jurídicas especiales, cada una de las cuales se mantiene dentro de su peculiaridad condicionada y al mismo nivel de las demás, pudiéndose elegir entre ellas: toda razón interna para que una sea eliminada por la otra desaparece, y sólo queda en pie una cierta probabilidad relativa, nacida de las premisas superiores basadas en una larga experiencia.

A esta inseguridad objetiva hay que añadir, en la práctica, la diversidad nacida de las dotes y cualidades personales de quienes actúan como jueces. En efecto, la reflexión crítica demuestra que la actitud para establecer deducciones jurídicas responde a una facultad espiritual a la que, para distinguirla de la inteligencia cognosciva se dá el nombre de *capacidad de discernimiento*.

En su Crítica de la Razón pura, Kant ha dado su expresión clásica a este concepto. *Puede ocurrir* -dice- *que un juez o un estadista tenga en la cabeza muchas reglas jurídicas o políticas muy hermosas, hasta el punto de poder ser un magnífico profesor en la materia, y sin embargo tropezar fácilmente en su aplicación, bien por carecer de capacidad natural de discernimiento (aunque no de inteligencia), por lo*

***cual, aun viendo in abstracto lo general, no sabe distinguir si un caso concreto cae o no bajo el radio de acción de aquella regla, o bien porque no se ha educado suficientemente en él, por medio de ejemplos y de asuntos prácticos, esta capacidad de discernimiento*.**

La cosa presenta cierta semejanza con el aprendizaje del juego de ajedrez, que también en este respecto enseña algo. Cabe enseñar a otro ciertas manipulaciones. Por lo que a nuestro problema se refiere, cabe enseñar las deducciones de los conceptos fundamentales puros del Derecho. El profesor puede habituar al estudiante a ello, preguntándole siempre, al principio por el sujeto, el objeto del Derecho, por la relación jurídica y los hechos jurídicos. Hasta aquí, la educación del buen juez forma parte de la enseñanza académica. Pero ésta tiene que forjar, además del saber, el poder. Fijándonos en las partes de que se compone una sentencia judicial, podríamos decir que es misión de la enseñanza universitaria enseñar a redactar buenas razones de Derecho y cometido de la práctica preparatoria, enseñar a perfilar buenas razones de hecho. También para la educación del joven jurista valen las normas trazadas por Goethe, en su Wilhelm Meister: *No se perdió ocasión de transmitirle todos los conocimientos y desarrollar en él todas las actividades necesarias para cualquier Estado: el cuidado del severo Derecho judicial y del Derecho flexible, en el que la habilidad y la destreza ayudan a quien lo ejercita; el cálculo para uso diario, sin excluir las grandes síntesis, pero todo basado directamente sobre la vida, para que pudiese ponerse en práctica con toda certeza y sin discusión*.

El mejor medio para esto son los trabajos de carácter ejemplar y el estudio de las sentencias que pueden tomarse como modelo. Entre ellas, se destacan y rayan a una altura

jamás alcanzada los textos de los juristas clásicos de Roma. Es, sencillamente inconcebible cómo ha podido pensarse en relegar este magnífico medio auxiliar de enseñanza para el jurista. ¡Cómo es posible renunciar tan ligeramente a un patrimonio espiritual que se posee firmemente y que se puede acrecentar y desarrollar!

Ya a comienzos de nuestra era, el Derecho Romano había dejado de ser, desde hacía mucho tiempo un Derecho limitado y angosto. Se había asimilado y refundido en su seno, con gran pericia, la mejor de todas las experiencias jurídicas de los tiempos antiguos. Esto daba a su contenido, sobre todo en el Derecho mercantil, un sello abstracto que lo hacía más apto como base para tiempos y pueblos de un nivel semejante de desarrollo económico de lo que podía serlo, por ejemplo, el Derecho rural de los germanos de la alta Edad Media.

Pero la razón principal que justifica la alta y dominante posición reconocida a los juristas clásicos de Roma es el método formal que aplican al tratamiento del Derecho. Su análisis en los casos jurídicos es siempre claro; su capacidad para situar los hechos en la posición que les corresponde, por medio de contrapreguntas,excelente; y nada hay tan aleccionador para el principiante, en el análisis de problemas jurídicos, como su constante indagación de la *actio* aplicable; nada mejor para librarle de tanteos en las tinieblas, guiado solo por sus *sentimientos*, es decir, al azar de lo subjetivo.

Pero todo esto, unido a la capacidad de crear conceptos jurídicos claros y elásticos, no habría valido a nuestros grandes predecesores en la ciencia consultiva y enjuiciadora del Derecho la posición histórica universal que nadie, objetivamente, puede arrebatarles, si no hubiesen tenido siempre claramente ante la vista y si no hubiesen aplicado

siempre enérgicamente lo que constituye el objetivo último y el pensamiento fundamental del Derecho. El *individualismo* de los romanos, convertido desde hace mucho tiempo en vacuo tópico, significaba, en realidad, su alta estimación de la libre personalidad. Esta idea dista mucho, ciertamente, de ese confuso sentido gregario que todo lo espera de la *organización* y que desearía imponer, con su coacción uniforme, la mezquina *dicha* de cada cual; es una idea que exige de cada hombre la voluntad de ser por si mismo responsable de su destino y que considera el Derecho como el fundamento de esto. El orgulloso *Civis Romanus Sum* no era incompatible allí, para nadie, con el activo espiritu familiar, ni mucho menos con la abnegación en el sacrificio a la patria. Difícil será forjar en estilo lapidario una definición mejor y más hermosa para expresar lo que es el Derccho, en el sentido a que acabamos de referirnos, que la sentencia de Celso el Joven: *Ius est ars boni et acqui*. Y ninguna orientación mejor para el juez, en su elevada misión, que la que se contiene en las nobles palabras del descollante jurista Papiano, en las que se refleja el pensamiento central del Derecho Romano clásico, combatido a veces, por envidia: *Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (D. XXVIII, 7, 15).

5. La ciencia del Derecho

Más arriba, hubimos de destacar que la localización de un caso concreto bajo una norma jurídica general debe consideraorse como función peculiar de la capacidad de discernimiento, la cual no trabaja siempre ni puede trabajar con la misma exactitud con que puede hacerrlo la exposición

de los métodos formales del pensamiento. ¿No afectará esto a la misión del juez, en su alcurnia espiritual? ¿Tiene su actuación categórica científica?

Algunos lectores recordarán que ha habido autores que han negado calidad científica, en términos generales, a toda ocupación relacionada con el Derecho. Esta posición fue la adoptada, en su tiempo, por Kirchmann, quien habló, cabalmente, de la *carencia de valor científico de la jurisprudencia*. En la conferencia pronunciada por él en 1847, sobre este tema, basa su juicio negativo en el hecho de que la materia del Derecho cambia sin cesar. Además, dice que el Derecho no descansa solamente en el conocimiento, sino también en el sentimiento y que la materia del Derecho positivo nace de normas positivas. A Kirchman no se le ocultaba que esta descripción de la materia jurídica no era suficiente para negar carácter científico a toda posible elaboración del Derecho. Para eso, hubiera tenido que sentar, como premisa, un concepto general de la ciencia, para luego demostrar que la jurisprudencia no se ajustaba a él. La excusa del tiempo limitado de su confercncia, que da para justificar el no proceder así, no puede convencer a nadie, pues en los 36 años posteriores de su actuación literaria no creyó oportuno tampoco suplir aquella laguna.

En realidad, el carácter de la ciencia no depende de la materia sobre que recae. Lo que la distingue de la modalidad no científica de la vida espiritual es el ordenar las experiencias con arreglo a un plan fijo y unitario. Y esto puede hacerse también, perfectamente, con las nociones jurídicas, como lo demuestra la filosofía del Derecho, establecida sobre bases críticas.

Constituye, pues, una misión clara y necesaria para el juez el asimilarse y ejercitar conscientemente los métodos del pensar jurídico, que a la füosofía del Derecho toca exponer. Los múltiples y diversos conocimientos jurídicos que informan la práctica no deben mantenerse como una masa confusa y caótica. La tendencia hacia la unidad es la que en el fondo, debe prevalecer también aquí. A ella hay que atenerse para establecer el sentido de la norma jurídica que sirve de premisa en las deducciones de toda sentencia judicial.

Surge aquí, como tarea especial, la de interpretar las normas técnicamente plasmadas por la fuente del Derecho y cuyo sentido y alcance no se perciben siempre a primera vista.

Interpretar una voluntad jurídica significa comprenderla en su significación especial frrnte a otras voluntades jurídicas. No debe confundirse con la deducción jurídica, la cual no diferencia el contenido de diversas normas jurídicas unas de otras, sino que considera el caso concreto como encuadrado dentro de una premisa jurídica. El problema de la interpretación se refiere exclusivamente al Derecho plasmado.

No ha sido una idea feliz la de distinguir entre interpretación *gramatical* e interpretación *lógica*. Idioma y pensamiento forman una unidad. Quien se apoya en una palabra para esclarecer el pensamiento que esta palabra expresa, se apoya, en realidad, en el pensamiento por ella expresado. El problema no está, ni mucho menos, en que, ateniéndose a la *gramática* y a las llamadas *leyes del lenguaje*, se pueda atribuir a ciertas palabras sueltas o a sus distintas combinaciones un sentido fijo, distinto del pensamiento objetivo de quien las emplea. Todo lo que sea detenerse en las palabras con que se exprese una voluntad jurídica no pasa

de ser, por tanto, un intento meramente provisional. No es que exista primero un resultado fijo de por sí de la interpretación gramatical susceptible de ser luego modificado (*extensiva* o *restrictivamente*).

El carácter de la interpretación es el mismo en toda voluntad jurídica; el mismo en los negocios juridicos que en las leyes. Para aquellos, rige cl art. 133 del Código civil. Si, tratándose de declaraciones unilaterales de voluntad, *la voluntad real*, en su contenido subjetivo, resulta dudosa, deberá optarse por cl resultado que, en el caso en cuestión, entrañe la decisión justa. El Derecho encierra siempre un sentido condicionante, y es el de responder a razones internas en todas sus normas específicas, el de ser siempre, en su orientación total, un intento coactivo hacia lo justo. (Respecto a los contratos, así lo proclama expresamente el Código civil, art. 157).

Aquí, la materia de los casos dudosos se acumula hasta el infinito. La necesidad de una directriz unitaria se deja sentir con una fuerza especial. Pero, a su vez, ella nos conduce, como el razonamiento ha demostrado irremisiblemente hasta aquí, a un punto de vista ulterior en la misión del juez. También tratándose de la intcrpretación de un contenido jurídico dudoso importa elegir la premisa fundamentalmente justa; esto plantea, como veíamos ya al empezar este estudio, el problema de la justicia objetiva de un querer.

LA JUSTICIA

I. De la rectitud fundamental de un querer

La palabra *justicia* tiene dos significados:

1. En un sentido, indica la observancia y la aplicación fiel de un *Derecho positivo*. El Derecho ha de salvaguardarse, ante todo, contra ingerencias arbitrarias. Este es el sentido que hay que atribuir al *Salmo 94, 15*, con sus tan conocidas y recias palabras: El Derecho debe mantenerse como tal Derecho, y ganará todos los corazones virtuosos. La observancia de esta modalidad de *justicia* ha sido ensalzada como una gran virtud en todos los tiempos; en el antiguo Testamento se expresa también esto de un modo magnífico, sobre todo con palabras de Isaías.

2. ¿Por *justicia* se entiende, en otro sentido, el objeto final del Derecho. Aquí, la palabra *justicia* expresa la idea de que todo querer jurídico, sin excepción, se halla supeditado a un pensamiento unitario fundamental. A éste hay que atenerse para juzgar el Derecho que surge, como producto histórico. El es el que nos da la pauta para reconocer o rechazar la razón fundamental de un querer jurídico dado.

Es evidente que, para cumplir plenamente su misión, el juez debe profesar activamente ambas modalidades de *justicia*. Las consideraciones que exponemos a continuación nos dirán cómo tiene que proceder prácticamente, para ello. Comenzaremos describiendo con cierto detalle las dos direcciones de pensamientos a que no puede ser ajeno nadie que se ocupe en lo más mínimo de asuntos jurídicos. Es éste uno de los puntos cruciales de la investigación referente a las actividades del juez.

Las dos direcciones de pensamientos a que nos referimos, son las siguientes:

Lo primero que pregunta cualquiera que razone jurídicamente es sí su querer y su hacer concuerdan o no con el articulado concreto de las normas vígentes. Entonces el juez indaga los artículos del Código, los preceptos de una ley especial, tal vez las normas cristalizadas y técnicamente plasmadas del Derecho consuetudinario.

El resultado a que puede llegarse por este camino no es nunca la meta final absoluta de las consideraciones que en esta materia cabe hacer y que se abren paso siempre. De suyo se comprende que lo que responde a las normas concretas de orden jurídico positivo puede, a pesar de ello, examinarse críticamente para ver si, además, es legítimo, en el plano de los principios. Es necesario que el resultado de las consideraciones jurídicas sea, además, justo.

Este fallo lo emite una instancia nueva y superior, a cuya crítica intrínseca no escapa nÍnguna sentencia judicial. Ningún juez puede dejar de hacerse esa suprema reflexión, si quiere que su magístratura y su actuación especial aparezcan justificadas. Tiene que demostrar que su fallo se halla a tono con la justicia objetiva o por qué no pudo ajustarse a ella, por razones convincentes. De otro modo, se vería abochornado escuchando el elogio muy relativo que se hace en el *Wilhelm Meister* de un burócrata: Un hombre bueno y leal que, preocupado con el Derecho, no alcanza a ver nunca la *justicia*.

Pero este punto de vista, proyectado sobre los principios, no se circunscribe a lo que queda expuesto. Se traduce, para el juez, como vamos a ver, en una consecuencia práctica inmediata. El legislador, que establece sus normas en forma de preceptos técnicamente moldeados, no puede por menos

de comprender que le es imposible abarcar de antemano todos los cabos litigiosos que puedan presentarse. Aunque se apoye en la rica experiencia de un largo pasado, la vida sigue su curso; surgen nuevos problemas, nuevas tareas, planteadas por la nueva situación social. Esto mueve al legislador a seguir un segundo camino, para llegar a buenos resultados. Este camino consiste en encomendarse a las partes interesadas, a sus consejeros y a los juzgadores para que, en los futuros casos litigiosos, indaguen y descubran por sí mismos cuál es, en cada caso, la solución *fundamentalmente justa*.

Este segundo camino de enjuiciamiento *ex aequo et bono* aparece desde la antigüedad al lado del *ius strictum*. En la terminología jurídica actual, lo mismo que en la jurisprudencia romana, existen muchos términos para expresar esta segunda posibilidad. Se habla de *buena fe*, criterio de equidad, buenas costumbres, razones importantes, deberes morales, evitacion e abusos, de lo *prudencial* , o lo *viable*, etc. Pero todo esto no son más que expresiones inseguras. Todas ellas reflejan el pensamiento objetivo que más arriba expresábamos, como si dijésemos: *¡Juzgad con arreglo a la pauta de la rectitud fundamental!*

¿Cómo asegurar metódicamente esto? Para verlo, no tenemos más remedio que remontarnos un poco, en nuestras consideraciones.

2. El método de enjuiciamiento fundamental

El Derecho es una modalidad del querer humano. Más arriba (II), expusimos con toda precisión sus características conceptuales; aquí, se trata de enjuiciar críticamente el contenido del *Derecho positivo*. Para que una aspiración o una exigencia sean fundamentalmente legítimas, no basta con que existan; tienen que demostrar que son fundadas, en su existencia concreta, a la luz de un criterio fijo.

Pues bien: el pensamiento de la *rectitud fundamental de una experiencia de vida concreta* consiste en la representación ideal de una armonía completa entre cuantas pretenciones y aspiraciones puedan presentarse. Una voluntad determinada será, por tanto, objetivamente justa cuando se oriente en el sentido de una armonía absoluta con todas las aspiraciones concebibles. Y así, volvemos a preguntamos: ¿es posible esto?

Un fin concreto perseguido dentro de una situación dada no puede encerrar, por su alcance limitado, la ley suprema para toda voluntad imaginable. Esa validez incondicional sólo puede reclamarla para sí un método formal uniforme que trace una directriz en línea recta a las aspiraciones limitadas. Tenemos que representarnos, pues, como pauta ideal, un querer libre de todo lo que hay de peculiar en el querer de cualquier hombre.

Las aspiraciones históricamente dadas de los hombres son todas condicionadas y responden, en su modo real de manifestarse, a fines limitados. Pero media entre ellas una distinción, según la orientación de principio que las infonne y guíe: según que vean su fin último para cuya consecución todos los medios son lícitos en el fin inmediato que persiguen, o, que se orienten en la línea del querer puro, que lleva hacia el infinito. Ambas cosas son posibles; en el primer caso, la aspiración limitada no se considera como materia elaborable,

sino como principio del querer; sólo en el segundo caso puede hablarse de la fundamental rectitud de esta aspiración condicionada.

Así, pues, el pensamiento del querer libre sólo indica la noción de un método ideal aplicable uniformemente en todos los casos para enjuiciar aspiraciones materialmente condicionadas. No se trata, aquí, de una libertad causal, sino de un querer intrínsecamente libre. La idea de la libertad de la voluntad no es ninguna fuerza mágica que, saliendo de una situación enigmática, intervenga *libremente*, con mano fuerte, en la cadena de las causas y los efectos. No se refiere absolutamente para nada a la génesis de una voluntad concreta. Su misión consiste en servir de pauta segura a la que se ajuste en el plano lógico un contenido de voluntad suministrado por la naturaleza.

Queda así esclarecido el método unitario que seguimos incesantemente para juzgar y enjuiciar los fines condicionados. En su aspecto genético, es indudable que las distintas aspiraciones brotan a través de procesos que incumbe a las ciencias naturales analizar; pero, una vez nacidas, así, por vía natural, han de pesarse y medirse en un sentido sistemático. En este método de juzgar, método necesariamente condicionante, la idea abarca, en su pureza, la materia condicionada y funciona prácticamente dentro de la realidad limitada como modalidad absoluta de la conciencia normativa.

3. El ideal social

La ley fundamental sistemática de los fines humanos, la idea de la pureza de voluntad, ha de aplicarse ahora al querer jurídico. Este pertenece al querer social o vinculatorio, que convierte los fines de unos hombres en medios de otros, y viceversa. De aquí se desprende, como misión ideal del Derecho la comunidad de hombres libremente volentes.

Damos a esta fónnula el nombre de *ideal social*. No es más que una descripción del pensamiento fundamental que acompaña como directriz crítica a todo querer jurídico, cuando se sigue consecuentemente su trayectoria lógica hasta el final. Cuando decimos quc un determinado contenido de Derecho es *fundamentalmente justo*, o cuando le denegamos esta cualidad, nos limitamos a decir, en último resultado, que este especial querer jurídico sigue o no, en la situación dada de que se trata, el *pensamiento de la comunidad*.

Tampoco aquí se trata, por consiguiente, de la descripción de ciertos actos jurídicos reales ni del sentido limitado de un contenido cualquiera concreto de Derecho, ni siquiera de ciertos postulados de reformas jurídicas, sino que responde, sencillamente a esta pregunta: ¿cuál es la característica lógicamente condicionante del concepto de la *justicia*? La contestación es esta: Justicia es la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura.

Aunque incurramos en una repetición, no del todo superflua, tal vez por la mentalidad hoy reinante, insistiremos en que las afirmaciones que acabamos de dejar sentadas no encierran ninguna utopía, ni la fantasía de ningún *Estado ideal*. La fórmula del *ideal social* entraña un seco concepto lógico: no nos dice, por tanto, lo que debiera ser, sino que se limita a

reflejar críticamente lo que realmente se piensa cuando se dice, refiriéndose a una aspiración, que es un Derecho fundamentalmente justo.

Una primera aplicación de esto la tenemos en las Constituciones modernas, cuando dicen que nadie podrá ser privado de su legítimo juez y cuando proclaman la igualdad ante la ley. Sería un error pensar que con esto sólo se alude a la abolición del antiguo sistema de Derecho en que la población aparecía dividida en diversos estamentos, cada cual con su propia organización jurídica. La formación de diversos grupos y clases en el seno de una gran comunidad, es inevitable. Más aún; constituiría una intolerable coacción exigir que todos mantuviesen relaciones con todos, sin distinción alguna, cuando los intereses de los hombres se ramifican según los trabajos, los gastos, las capacidades y las demás condiciones de la existencia. El principio de la igualdad ante la ley sólo puede tener un sentido legítimo: la voluntad constante y firme de atenerse al pensamiento mismo del Derecho. El tan discutido artículo de la Constitución no puede siguificar más que esto: que todos los miembros de la comunidad jurídica deben ser tratados siempre con arreglo al Derecho y a la justicia.

Lo opuesto a esto es la arbitrariedad de los encargados del poder, sean varios, muchos o uno sólo; el dar a alguien un trato nacido exclusivamente del capricho subjetivo de otros. En cambio, sería desconocer el pensamiento ideal de la justicia el buscar una igualdad cuantitativamente externa y de carácter mecánico, por decirlo así, en cuanto a la materia de la voluntad.

La práctica judicial ha intentado repetidas veces rectificar esta inadmisible confusión. Una jurisprudencia especialmente

copiosa, en este aspecto, es la del Tribunal Supremo suizo, al que incumbe velar por que los cantones cumplan el artículo de la Constitución federal que proclama la igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, se desecha como infundada la queja de que las Asambleas legislativas de un Estado se reunan siempre en el mismo lugar; asimismo se desestima el criterio de quienes opinan que la concesión de licencias de hostelería a determinadas personas individuales va en contra de la igualdad ante la ley; y la misma suerte corre la opinión de quienes entienden que contradice a ese principio el requisito de la ausencia de tacha y la sobriedad para poder ocupar o ejercer cargos o profesiones públicos. Recientemente, la judicatura ha discutido también mucho, en Derecho alemán, la licitud de los impuestos especiales. El Tribunal federal anteriormente citado reconoce la posibilidad de establecer privilegios fiscales cuando la exención no tienda a favorecer personalmente a nadie, sino que obedece a razones objetivas, v. gr.: al deseo de fomentar ciertas empresas de utilidad colectiva o que responden por cualquier motivo a un interés público.

Pero, hay una razón más profunda para decir que el establecimiento de una igualdad cuantitativa en vez de la idea cualitativa de la justicia es falsa, y es que eso responde a una teoría insostenible. En el fondo de ello lo que hay es el hedonismo, o sea, la teoría del placer. Diremos unas palabras breves y concisas accrca de esto, ya que interesa también para el ejercicio de las funciones del juez.

4. El hedonismo

La búsqueda de una pauta universal que abarque absolutamente todas las posibilidades concretas, condujo desde tiempos antiguos al problema del destino del hombre en general. Aquí, aparecen frente a frente dos concepciones fundamentales y hostiles entre sí. Estas dos concepciones pueden expresarse con dos palabras muy cortas: el placer y el deber.

Cada una de estas dos afirmaciones han sido elevadas a sistema. Las teorías religiosas un poco profundas hacen del concepto del deber su meta. En filosofía, eso fue lo que Sócrates enseñó a sus discípulos. Cierto que en la doctrina de éstos se impuso el hedonismo, la teoría de la felicidad. Así acontece también, más marcadamente todavía, en la filosofía moderna, formada sobre todo en la era del racionalismo. Fue en Inglaterra, como es sabido, donde se forjó, como principio pretendidamente filosófico, la teoría del hedonismo. Kant fue el primero que se levantó, con todo su empuje, contra él. El nervio de la Crítica de la razón práctica es precisamente, la lucha contra el hedonismo. Después de Kant, no quedó de éste nada que pudiera tenerse seriamente en pie. También el hedonismo pretende dar la pauta, erigiéndose en la voluntad objetívamente justa. Pero, resulta una contradicción lógica irreductible decir, como dice esta teoría, que lo que un hombre concreto y condicionado se representa como el bienestar subjetivo es ley objetiva en el plano del razonamiento general. Las condiciones permanentes de esta ley, de lo objetivamente justo, no podrán definirse jamás sobre la base de deseos y aspiraciones meramente subjetivos. Y toda referencia a una sensación de placer no trascenderá jamás, de por sí, de los límites de lo subjetivo. El problema de si esa sensación es o no fundamentalmente legítima no puede resolverse basándose en el mero hecho del bienestar subjetivo. Para ello, es necesario remontarse a la idea de la

armonía incondicionada de todos los contenidos de voluntad, la única de que puede deducirse una justificación objetiva de cualquier fin concreto y especial.

Es curioso que haya habido juristas solventes que se hayan dejado llevar, a pesar de todo, por esa irreductible contradicción. Es, por ejemplo, el caso de Hugo, en su Derecho natural (1819), y de algunos otros teóricos modernos del Derecho. Creen poder eludir la indicada contradicción, pero se equivocan. Cuando dicen que lo que interesa no es solamente el propio placer, sino también la felicidad de otros, surge inevitablemente (aunque dejemos a un lado, por un momento, el ambiguo concepto de la *felicidad*) el problema de saber *si el bienestar de los otros ha de determinarse o no por el propio placer de éstos*. De ser así, nos encontraremos metidos de lleno, una vez más, en el subjetivismo del que queríamos huir. En realidad, aquello por lo que, fundamentalmente, hay que velar es el bienestar legítimo de otros. Con lo cual, volvemos a encontrarnos en el punto de partida de nuestra pregunta: ¿Bajo qué condiciones permanentes son objetivamente legítimos los deseos y las aspiraciones de alguien? Los términos *bienestar, felicidad* u otros parecidos no desempeñan ningún papel normativo para llegar a una solución.

En rigor, podría afirmarse fundadamente, que todo ese intento teórico del hedonismo es indiferente para la actuación práctica del juez. Con ese criterio no podría fallarse ningún proceso civil ni sustanciarse ninguna causa criminal. Supongamos que el juez tenga que emitir un juicio *ex aequo et bono*, que tenga que fallar, por ejemplo, un litigio entre arrendador e inquilino *según el arbitrio de equidad* o una cuestión entre comprador y vendedor *según la buena fe*: ¿qué servicio va a prestarle aquí el hedonismo, con su norma de

que hay que tener en cuenta, como regla de principio, *el bienestar de otros*? Hasta hoy, no existe ni el menor intento en esta dirección. Sería mucho más provechoso que un representante del hedonismo, en vez de limitarse a repetir en abstracto esta vieja e insostenible teoría, intentase demostrarnos cómo podría ventilarse un litigio cualquiera en el sentido del hedonismo social. ¿Cómo arreglárselas para que cada parte litigante se inspire en *el bienestar* del otro? Para la reflexión consecuente y profunda de quien analiza teóricamente la teoría del placer, se abre aquí un ancho campo que el mero tópico del *bienestar de otros* no basta para llenar.

5. Juicios subjetivos de valor

Los Tribunales tienen que ocuparse a veces de actos criminales de los anarquistas. Los asesinatos y tentativas de asesinato, al igual que otros actos contrarios a Derecho, caen bajo el imperio de las normas ordinarias del Derecho vigente y son penados, si infringen estas normas, con arreglo a las leyes generales. Pero, cuando la observación de estas transgresiones presenta un interés especial para el problema del principio de la justicia es cuando se cometen en nombre de un subjetivismo consumado que se profesa como una teoría pretendidamente absoluta de la vida social.

La vida y las aspiraciones del hombre fluctúan constantemente entre los caprichos subjetivos y la rectitud objetiva. Ya hemos visto que el hedonismo, como principio, no permite elevarse jamás a la posibilidad, examinada en otro lugar, de lo objetivamente justo. La teoría del placer, como quiera que se presente, no traspasa jamás los límites de la

vigencia subjetiva, aunque en su carácter inexorablemente fortuito pretenda reflejar la meta absoluta de la vida (IV,4).

En este punto, los representantes del anarquismo dan pruebas de una claridad más consciente y proceden con mayor consecuencia. Su guía espiritual, Stirner, dice en su libro *El Unico y su propiedad* (1845): *Por eso nosotros dos, el Estado y Yo, somos enemigos. A mí, egoísta, me tiene sin cuidado el bienestar de esta sociedad humana; no le sacrifico nada y me sirvo de ella ... Formo, para sustituirla, la Liga de los Egoístas*.

Pero la afirmación de que las opiniones y los deseos meramente subjetivos constituyen la medida de todas las cosas, no puede ser tomada en serio. Si fuese así, sería imposible convencer a nadie de un error. Este intento a que nos referimos se enreda también en la incurable contradicción de elevar los deseos fortuitos de un sujeto condicionado a ley de una voluntad objetivamente fundamentada.

Tan poco éxito como la teoría del anarquismo tiene la tesis de una serie de escritores sociales modernos que admiten sólo juicios de validez subjetiva, incluso en lo que guarda relación con las funciones judiciales. Estos escépticos pretenden establecer una distinción entre *hechos* y *juicios valorativos*, sosteniendo que, mientras que los primeros pueden ser objeto de afirmaciones científicas de valor objetivo, los *juicios valorativos* se circunscriben, necesariamente, a una vigencia meramente subjetiva.

Es en vano que intentemos buscar una prueba de este principio de absoluta negación. ¿Cómo puede un escéptico razonar también *a priori* su concepción fundamental? Esa pretendida distinción entre *hechos* y *juicios valorativos* no responde a un pensamiento claro. En efecto; aquí no se trata

de hechos naturales ni de percepciones exteriores de ninguna clase. Se trata de hechos de la vida social. Y éstos no constituyen fenómenos físicos como tales, sino aspiraciones humanas, las cuales no pueden concebirse sin *valoración*; es decir, sin el pensamiento de medio y de fin. ¿Qué es el *valor* de una cosa sino su aptitud como medio para un fin? Todo negocio jurídico y todo acto social entraña, por tanto, necesariamente, ya de por sí, un *juicio valorativo*.

Y si los autores escépticos a que nos referimos conceden, como hemos visto, que los medios y los fines, en su condicionalidad técnica, son susceptibles de análisis científico, toda investigación de una serie de medios que conducirá a nuevos fines y la de éstos a otros nuevos, sin interrupción, y nadie, desarrollando consecuentemente el pensamiento, se sustraerá al *para qué* de cualesquiera aspiraciones limitadas. Y, en este proceso de reflexión crítica, surgirá necesariamente la exigencia de un método fijo que sirva de pauta para enjuiciar, de un modo formal y absolutamente uniforme, cualquier voluntad individual. Sin esta pauta, toda la experiencia individual quedaría dispersa y reducida a un montón caótico de casos aislados. La ordenación puramente conceptual de estos casos no los aglutina en un todo; les *falta, desgraciadamente, el lazo espiritual*. La negación de la idea no tiene sentido para quién, en el fondo, se esfuerza por ordenar sus experiencias en un sentido de plena unidad: remontándose sobre las unidades limitadas que suministra la determinación conceptual, no tendrá más remedio que llegar, si procede consecuentemente, al pensamiento ideal de la perfecta armonía dentro de la totalidad de los casos particulares.

Estos ataques contra la posibilidad de un enjuiciamiento justo, en el sentido de una rectitud fundamental, carecen,

pues, de base y do firmeza. Sólo nos resta observar de cerca el pensamiento ideal de la justicia, tal como funciona en la vida práctica y, por tanto, como estrella polar que resplandece ante el juez, viendo además el modo cómo puede presentarse en cada caso concreto.

EL DERECHO JUSTO

1. El Derecho natural

El art. 7 del Código Civil General de Austria, de 1811, prescribe al juez, a falta de disposiciones legáles o de normas que puedan encontrarse por vía indirecta, resolver el caso jurídico *con arreglo a los principios naturales del Derecho*. Aquí, aparece al lado del Derecho positivo, como complemento suyo, el Derecho natural, respondiendo a las concepciones de una época en que el Derecho *nacido con el hombre* era considerado como un Derecho de alcurnia superior, como pauta y meta del Derecho histórico, inferior a él. ¿ Qué es, en rigor, este Derecho natural y qué puede significar para la misión del juez y para la vida jurídica en general?

A la pregunta de ¿qué es, en rigor, el Derecho natural? se suele contestar diciendo *cómo nace el Derecho natural*. Esta confusión entre el aspecto sistemático, que versa sobre lo que es un concepto, y el aspecto genético, que nos dice cómo surge y se desarrolla, es frecuente, en este caso y en otros muchos también. Hay que cuidar, conscientemente, de no incurrir en ella. Cuando se dice que el Derecho natural nace *independientemente de la experiencia histórica*, no se dice nada acerca de lo que es; es decir, acerca de la unidad sistemática de su existencia. Además, la afirmación transcrita

es falsa, pues *independientemente de la experiencia histórica* no nace absolutamente nada.

El *Derecho natural* es un Derecho que, por su contenido, se ajusta a la *naturaleza*.

¿Cuándo acontece así? ¿y cuál es esa *naturaleza* que nos tiene que dar la pauta aquí?

La historia de las teorías sobre el Derecho natural nos enseña que todas las aspiraciones encaminadas a dar una contestación a aquella pregunta se pueden dividir en dos clases, según que la pauta que se aplica sea *la naturaleza* del hombre o *la naturaleza* del Derecho.

En el primer caso, se indaga *lo común al hombre* ; es decir, los fines que, respondiendo a leyes necesarias, persiguen todos los seres que entran fisiológicamente dentro del concepto de *hombre*. Pero esto es algo así como querer resolver el problema de la cuadratura del círculo. ¡Qué sé yo cuántas cosas se han señalado como características de esta *naturaleza humana*! El amor por la paz, el miedo y el temor, la fuerza y la rencilla, la conciencia de la debilidad, el anhelo de dicha, el egoísmo, la abnegación, el interés económico y el desinterés, y así sucesivamente, en una masa abigarrada de acepciones; hasta llegar a los inacabables intentos que hoy se hacen para concretar *lo común al hombre*. Si se los examina con cuidado, se ve que en cada uno de ellos se contiene un granito de verdad, pero que la pretensión de enjuiciar la vida con ayuda de una fórmula breve en que se encierre de un modo absoluto la cualidad común a los hombres todos, es una pretensión vana.

La significación histórica de Rousseau consiste, precisamente, en haber vuelto del revés este problema, orientándose -si

traducimos su pensamiento a nuestro modo de concebir y de hablar actual- hacia *la naturaleza* del Derecho. Este camino fue seguido por Kant y por la mayoría de los mantenedores del Derecho natural en el siglo XIX, cuyas doctrinas se han resumido también bajo el nombre de *Derecho racional*.

Aquí, sólo hemos de investigar qué relación guarda este problema a que nos estamos refiriendo con la misión fundamental del juez y a qué resultados nos pucde llevar con respecto a éste.

En este respecto, todos los sistemas a que hemos hecho referencia hace poco adolecen del mismo vicio. Todos ellos pretenden encontrar un Código de Derecho con un contenido ideal. Y esto es imposible. Todo lo que hay de concreto en el contenido de las normas e instituciones jurídicas se halla necesariamente relacionado con la materia limitada de las aspiraciones humanas. En este sentido, las normas e instituciones juridicas son siempre imperfectas y sólo pueden aplicarse a situaciones históricas limitadas y a determinadas sociedades concretas. Por tanto, la aspiración, de suyo perfectamente concebible, de un Derecho ideal, debe desecharse de una vez para todas, como irrealizable.

¿Cabe, a pesar de eso, mantener en pie y aplicar prácticamente el pensamiento de una rectitud absoluta y fundamental?

2. Rectitud absoluta y rectitud objetiva

El siglo XIX volvió a restableeer en sus derechos el punto de vista histórico. Se comprendió que toda nuestra vida social se desarrolla bajo ciertas condicionalidades históricas a las

cuales no podemos, en cuanto a la materia, sustraernos. El hecho de que esta comprensión se impusiese, en un principio, bajo la influencia del romanticismo y basándose en el concepto mistico del *espíritu del pueblo* (III, 2) puede pasarse por alto aquí, ya que la vieja Escuela histórica del Derecho, en lo que puede apreciarse, no cuenta ya hoy con ningún defensor.

Es cierto que al declinar y palidecer también en el campo de la jurisprudencia la corriente histórica, fue desplazada en muchos aspectos por un fatal empirismo. Hasta el propio concepto *del Derecho* queria definirse y perfilarse mediante notas externas, por la observación más o menos vaga de lo que se manifiesta como *Derecho* a través de la Historia, cuando en realidad no se puede admitir en ningún caso dado la existencia del *Derecho* sin dar ya por supuesto el concepto *del Derecho* en general Ya hemos expuesto más arriba (II) cómo, arrancando de la unidad de la conciencia, precisa desarrollar el concepto del Derecho frente a los diversos conceptos que se hallan en contraposición con él.

En cambio, el empirismo se caracteriza por considerar como una empresa poco simpática esta orientación progresiva hacia la idea del derecho, hacia el pensamiento de una absoluta armonía entre todas las aspiraciones jurídicas. Y así, se ha llegado a pensar que sólo había dos posibilidades de principio para el jurista: o admitir un Derecho ideal con vigencia absoluta o aferrarse al Derecho imperfecto de procedencia histórica.

Esto era un grave error.

En el estudio científico del Derecho cabe distinguir más bien tres sectores fundamentales:

1°Sólo las formas puras de ordenación de nuestras impresiones y aspiraciones tienen un alcance absoluto dentro de nuestro mundo mental y, por tanto, una validez general incondicionada para todas las experiencias posibles de nuestra conciencia. Esto no quiere decir que cualquiera pueda manejar con seguridad, en su análisis crítico, estos métodos de ordenación; pero ello no obsta para que puedan buscarse y afirmarse en un sentido de validez absoluta. En efecto; si los métodos de ordenación no son, incondicionalmente, fijos y constantes, la materia por ellos determinada no podrá someterse nunca tampoco a una ordenación exacta. Por lo que a nuestro tema se refiere, sólo se cuentan entre las formas puras de determinación y enjuiciamiento el concepto y la idea del Derecho, y las líneas de pensamiento que de ellos irradian.

2° En cambio, todas las normas, doctrinas y juicios que se reducen a experiencias condicionadas y cuyo contenido encierra esencialmente, fragmentos del mundo sensible que nos rodea tienen, forzosamente, un carácter puramente relativo. Es ésta una tesis analítica, que se desprende por sí misma del supuesto de que partimos, a saber: que aquellas conclusiones se apoyan en experiencias concretas y limitadas. Toda teoria de la relatividad que se refiera a la elaboración de una materia perceptible por los sentidos es exacta en su concepción fundamental, pero es también, como sabemos desde tiempos antiguos, evidente; tan pronto como avanza un paso más y pretenda hacerse extensiva también a las formas puras de la ordenación, se convertirá en una teoría falsa. Así pues, todo Derecho históricamente real es un Derecho positivo cuyo contenido encierra, sustancialmente, una materia concreta y limitada y que, por tanto, sólo puede ser imperfecto y tener una validez relativa.

3° Pero la cosa no termina con esta caracterización del Derecho positivo, que acabamos de trazar. Dentro de un Derecho históricamente condicionado e intrínsicamente imperfecto, pueden distinguirse dos zonas, según que ese Derecbo especial de que se trate se oriente o no en el sentido de la idea absolutamente válida de la justicia. En el primer caso será un Derecho objetivamente justo; en el segundo caso, no pasará de ser un postulado jurídico subjetivamente fundado nada más, y por tanto no justo.

Hay que distinguir, pues, entre la rectitud absoluta y la objetiva. Tratándose de un Derecho históricamente dado, no cabe más rectitud que la objetiva. Si carece de ellas se ajustará al concepto del Derecho, pero no a su idea. Y puede ocurrir que pierda esta cualidad de lo justo; puede ocurrir que se presenten otras circunstancias de hecbo condicionales o que, al conocerlo mejor se lo caracterice de otro modo. También aquí cabe la posibilidad de un progreso.

3. Significado jurídico de la buena fe

Veamos cómo estas consideraciones teóricas le aplican la misión práctica del juez. Queremos referirnos aqui, concretamente, a la actuación judicial que en el sentido de la *buena fe*, de las *buenas costumbres* y otras expresiones análogas a éstas; en una palabra, con arreglo al Derecho justo. Más adelante, diremos algo acerca de los límites que circunscriben esta actuación judicial. Evidentemente, hay que distinguir entre el problema de cuándo debe el juez fallar *ex aequo et bono* y el de qué método se ha de seguir en ese modo dc enjuiciar. Aquí, nos referiremos a este segundo problema.

Un Derecho objetivamente justo es, como ya dijimos, un Derecho imperfecto. No es un Derecho ideal. Es un Derecho históricamente condicionado y, por lo que afecta a su contenido materialmente limitado, presenta un carácter variable y fluctuante. Es, simplemente, una parte del Derecho positivo, del Derecho cuyas manifestaciones conceptualmente determinadas conoce el jurista, y precisamente la parte que responde a la idea de la justicia.

Pero hay también un Derecho no justo, que responde al concepto, pero no a la idea del Derecho. A veces, el legislador, impotente para modificarlo y sustituirlo por otro, lo tolera. En territorios sometidos a nuestra protección, hemos tenido que tolerar incluso, como institución jurídica, dentro de limites reducidos, la esclavitud; y en la misma metrópoli hay ciertos excesos que no ha sido posible, hasta ahora, eliminar. Lo más frecuente es que estos casos de Derecho no justo se presenten al envejecer y cambiar la materia de la vida social objeto de regulación. Y nadie renuncia, en último resultado, a criticar, a veces agriamentc, el orden social existente, aunque en el plano conceptual no le niegue el carácter de *Derecho*.

En los litigios entre particulares que hayan de sustanciarse con arreglo a la *buena fe*, deberá elegirse siempre, entre las diversas posibilidades en pugna, aquella norma jurídica quc se oriente en el sentido de la idea de la pura comunidad, tal como la dejamos definida más atrás.

En esto es en lo que debe centrarse la atención de todo el que quiera comprender claramente el método fundamental que hay que seguir para juzgar con arreglo al Derecho justo. Vamos a analizar brevemente la afirmación sentada y a

subrayar las consecuencias que de ella se derivan para el juez.

Las normas a que hay que atenerse en los fallos judiciales con arreglo a *buena fe*, etc., son normas jurídicas. No es bueno empañar esta claridad de concepto con expresiones confusas como la de *moral, sentimiento del decoro* y otras semejantes. Indudablemente, la palabra *moral* puede emplearse dándole simplemente el sentido de lo fundamentalmente justo, como cuando se habla, por ejemplo, de las fuerzas *morales* de un pueblo. En estos casos, tanto da decir Derecho *moral* como Derecho *justo*. Pero la palabra *moral* tiene además otra acepción, la que se refiere a la vida interior, por oposición a la vida social (II, 3), la cual no debe involucrarse aquí. De lo que se trata es de ver cuáles son los caminos metódicos de pensamiento que deben seguirse, uniformemente, siempre que se trate de encontrar el Derecho *moral* o el Derecho *justo*. Y para esto, no aclara nada el remitirse simplemente al juicio *moral*.

Si planteamos el problema objetivamente, vemos que gira en torno a la aplicación de normas jurídicas. A la afirmación de que los fallos según la *buena fe* son fallos basados en normas jurídicas, se enlaza una observación de seca técnica jurídica y es que los fallos judiciales emitidos asi se hallan sujetos al recurso de revisión (Ley Proc. Civ.. arts. 549 ss.).

Nuestro análisis nos conduce, pues, reiteradamente, a la necesidad de insistir sobre la misma pregunta: ¿Como elegir metódicamente la norma jurídica precisa que, en un litigio dado, pueda considerarse como el Derecho justo?

4. Los principios del Derecho justo

Recordemos que todos los fenómenos jurídicos se presentan como realidades limitadas y concretas. La idea de la justicia, como noción de una absoluta armonía entre todos los contenidos de voluntad jurídica concebibles no forma parte de la realidad perceptible por los sentidos. Aquella limitación condicionada de todo Derecho con existencia material se refiere tanto a las normas como a las diversas exigencias de carácter jurídico.

Pero, en el fondo de toda orden o de toda prohibición jurídica concreta, de toda exigencia y de toda denegación hay siempre, como pauta intrínseca de juicio, una orientación fundamental abstracta, en la que se tiene en cuenta, en mayor o menor medida, la voluntad de otros, a la que se halla vinculado aquel contenido de voluntad. No todo el mundo alcanza a penetrar con su mirada en esta luz espiritual de dirección y orientación. El análisis crítico indispensable para descubrir esta directriz formal exige una especial reflexión y cierta práctica en la elaboración de contenidos discursivos.

Alguien ha hablado de la microscopía espiritual, llegando incluso a decir que sería preferible prescindir de ella. La afirmación no pasa de ser una máxima subjetiva, y no es necesario, desde luego, que todo el mundo vea claro acerca de su patrimonio espiritual. Pero quien pretenda hacerlo, no podrá por menos de remontarse a la directriz enjuiciadora fundamental a que nos hemos referido. Esta directriz existe en todos los casos, y sin ella no se puede concebir ninguna norma o exigencia jurídica. Aun allí donde alguien deriva algo para si de las normas técnicamente plasmadas de un Derecho positivo, estas normas concretas se articulan, a su vez, como medios, dentro del todo de una concepción orientadora y enjuiciadora.

Mientras que los fines materiales de las voluntades jurídicas concretas pueden variar hasta el infinito, la directriz formal a que nos referimos puede enfocarse como cosa aparte y definirse en su uniforme posibilidad. Si, en un caso dado, nos desviamos más o menos de ella, se percibe precisamente esta desviación, como tal. Por tanto, el problema que plantea la necesidad de penetrar en la directriz formal implícita en una norma o exigencia jurídica, puede definirse así: la directriz concreta de que se trate debe contrastarse con la posibilidad de una directriz unitaria absoluta. Por tanto, para que la voluntad sometida al fallo enjuiciador sea fundamentalmente justa es necesario que reconozcamos en ella la idea de la pura comunidad como principio orientador.

Para ello, cabe valerse como medio auxiliar de ciertos métodos, que nosotros llamamos *los principios del Derecho justo*. Para encontrarlos, hay que seguir el siguiente camino discursivo.

La noción ideal de una relación jurídica ajustada a una armonía plena con cuantos problemas jurídicos son imaginables entraña una doble dirección del pensamiento.

1° Es necesario que cada uno de los contenidos de voluntad vinculados entre sí aparezca también como fin para el de los demás. No pueden establecerse vínculos jurídicos en los que una de las voluntades se convierta en simple medio para arbitrio de los demás. Este principio es el que nosotros llamamos el principio del respeto, y afecta al problema de las prestaciones que han de efectuar entre sí los sujetos jurídicamente vinculados.

2° El segundo punto de vista se refiere a una abstención. Es el *neminem laedere* de los juristas romanos el que resalta aquí. Puesto que toda voluntad justa tiende a la propia perfección,

entraña, por su ley intrínseca fundamental, la libertad frente al arbitrio de una aspiración extraña. En cuanto a la materia históricamente condicionada, esto implica la exclusión de las exigencias ajenas de la propia posición jurídica. Pero sin que éste nos lleve, a su vez, a un nuevo arbitrio subjetivo y limitado. La idea orientadora de la pura comunidad debe mantener en pie el estado objetivamente posible de vinculación. A este segundo principio damos nosotros el nombre de *principio de la cooperación*.

Ambos principios del Derecho justo pueden referirse a la existencia y a la ejecución de relaciones juridicas. El Código cjvil alemán invoca el primer principio, de una parte en el art. 138 y de otra en el art. 242; el segundo en los artículos 227 ss. y 226.

5. Cómo elegir la norma jurídica justa

En el prólogo a su Teoría filosófica del Derecho, opina Fries que al juez sólo le incumbe fallar con arreglo a la ley vigente. Según él, la concepción filosófica del Derecho difícilmente puede encerrar una utilidad práctica para el juez. Aun en aquellos casos en que tenga que precisar él mismo la ley según su libre arbitrio para la solución de un caso concreto, por ejemplo para determinar la cuantía de la pena, su sentencia tendrá que orientarse más bien -a juicio del mencionado autor- en el espíritu de la legislación vigente que en su propia concepción filosófica.

Al decir esto, se pasan por alto todas las normas en que la propia ley ordena enjuiciar con arreglo a la buena fe, a la equidad y a la rectitud fundamental. Y sin embargo, el juez

jamás ha prescindido de este criterio para enjuiciar; criterio que en ciertas épocas se destaca, como hemos visto, con una fuerza especial.

El deseo de encontrar una orientación segura para estos casos se trasluce prácticamente, en no pocas ocasiones. Se trata de encontrar un método que permita asegurar la rectitud fundamental del fallo emitido. En el Espejo de Sajonia, esta idea, tantas veces manifestada, se expresa con las palabras siguientes, con respecto a la partición de la herencia paterna: *Los viejos deben dividir y los jóvenes escoger*, orientación que podemos seguir hasta remontarnos a los tiempos de Abraham y Lot. En las teorías jurídicas de la Edad Media cristiana se sacaba de aquí, para delimitar las facultades de un propietario, la conclusión práctica de que éste debía considerarse como un simple administrador de su bien frente a Dios. En otros casos, como en los de fraude y violencia, resulta más fácil dcscubrir en seguida la orientación que gravita formalmente sobre determinadas aspiraciones.

Pero siempre nos encontramos, uniformemente, con el punto de vista orientador de la pura comunidad, aunque en muchos casos no se alcance a descubrir su relación con una exigencia jurídica concreta. En estos casos, tienen que entrar en acción el análisis crítico y la penetración metódica, para ver si en ellos se refleja o no la imagen del ideal social.

Esto no es más que un intento para esclarecer el procedimiento metódico como tal que sigue de hecho todo el que considera algo como fundamentalmente justo, aun cuando no tenga plena conciencia de ello, en su modo peculiar de ser. Para aclarar mejor esto, haremos todavía otra consideración.

No debe creerse que sea posible derivar de la idea de la justicia nuevas instituciones jurídicas o nuevos derechos y deberes. Esto no puede hacerlo ningún legislador ni ningún juez. El pensamiento ideal de la plena armonía no es un pensamiento creador; en cuanto a la materia. Los fines y los medios de las aspiraciones humanas son todos condicionados. Brotan, por lo que a la materia se refiere, en el curso natural de las cosas. Se enfrentan unos con otros, en el plano jurídico bien en su modo real de manifestarse, como en la polémica entre los abogados de dos partes litigantes, bien en el pensamiento, puesto que toda exigencia jurídica puede presuponer otra contraria. Se plantea siempre la opción entre ellos; no hay más que elegir. Lo que se trata de saber es con arreglo a qué punto de vista se ha de hacer esta elección. La directriz general que informa esencialmente las distintas aspiraciones nos da la posibilidad del punto de vista ideal de la pura comunidad, pero no para hacer brotar o para suprimir distintas pretensiones concretas con su contenido material, sino para elegir entre diversas aspiraciones dadas.

Pero los principios del Derecho justo no son más que medios auxiliares para elegir entre diversas posibilidades. Ateniéndonos directamente a ellos, a los principios, no podemos rcsolver ningún litigio de Derecho. Las normas que hay que aplicar para emitir un fallo judicial son siempre normas jurídicas limitadas, que responden a uno de aquellos principios y que están ya dispuestas para la actuación del juez que entre ellas ha de elegir.

Esto es todo lo que podemos decir aquí en cuanto a los criterios generales a que responden, en abstracto, los métodos del juez que ha de fallar. Con esto, abandonamos el *Collegium logicum* jurídico, para enfocar un poco la actuación

del juez, en sus proyecciones concretas y en el centro de sus manifestaciones prácticas.

EL ARBITRO JUDICIAL

1. Jurisprudencia humana

Una figura peculiar dentro de la magistratura judicial es la del francés Magnaud, presidente del Tribunal de Primera Instancia de Chateau-Thierry. Este juez inició hace unos cuantos decenios un tipo dc jurisprudencia a la que él mismo dió el nombre de humana. Se hizo popular con un asunto criminal, que de por sí no podía ser más sencillo. Se trataba de una muchacha que, impulsada por el hambre, había sustraído un pan de una panadería para comerlo con su familia, siendo acusada dc robo. El Código penal francés no admite la eximente del estado de necesidad. El recurso de acogerse a la irresponsabilidad del acusado falla muchas veces. Magnaud absolvió a la muchacha, alegando que nadie debía pasar hambre no siendo por su culpa y, que el juez debía interpretar y aplicar la ley en un sentido *humano*. El Tribunal de apelación revocó la sentencia y condenó a la procesada. Pero Magnaud siguió ejerciendo sus funciones en el sentido indicado, lo mismo en materia penal que en materia civil.

Concedía una acción de daños y perjuicios contra el que seducía a su novia y luego la abandonaba; hacía a los ferrocarriles, imperativamente, responsables por los contratos de transporte; suavizaba el carácter estrictamente

unilateral del régimen matrimonial de bienes vigente en Derecho francés y seguía, en general, no pocas veces-seguramente sin advertirlo- las huellas del moderno Derecho civil alemán. Machos alababan a este juez y le llamaban *le bone juge*; otros, en cambio, incluyendo a casi toda la jurisprudencia francesa, se mostraban adversos a este modo de administrar la justicia.

Muchas sentencias de este juez han sido recogidas en varios volúmenes. El mismo publicó en lengua alemana, hace unos veinte años, en una revista que ha dejado de editarse, su modo de concebir la magistratura judicial. Pero, en sus manifestaciones no acierta a remontarse sobre el simple tópico de la *humanidad*. ¿En qué se conoce cuándo una sentencia es *humana*? ¿En qué consiste la *humanidad* y cómo puede razonarse este pensamiento?

Si damos un trato *humano* a un delincuente común, podemos fácilmente pecar de *inhumanos* contra su víctima y, en último resultado, contra la propia sociedad. El favorecer unilateralmente a una de las partes no puede ser la misión de un juez justiciero. También el postulado de humanidad, evidente de suyo, necesita apoyarse y fundamentarse en un criterio racional de enjuiciamiento.

A pesar de todo, este tópico se ha abierto paso de diversos modos. Hace algunos años, se publicó en la Deutsche Juristen Zeitung un caso comentado desde diversos puntos de vista por los lectores bajo el título de Destrucción de objetos por humanidad. Un perrito había caído en una alcantarilla, de donde no era posible sacarlo. Los bomberos, después de intentar en vano salvarlo, enchufaron las bombas de agua en la alcantarilla y ahogaron al perro, librándolo así de sufrir

inútilmente. El dueño del perro pidió una indemnización y se planteó también el aspecto penal del asunto.

El honroso sentimiento de *humanidad* no resuelve esos problemas jurídicos. ¿Qué sentimiento humano es el que debe tomarse en consideración? Evidentemente, aquel que responda a un fundamento objetivo. He aquí cómo la cuestión más sencilla nos lleva necesariamente, salvando el peligro de la mera fraseología, a nuestro problema de lo fundamentalmente recto. Y la solución, en este punto, sólo puede consistir en que el derecho exclusivo del propietario no puede conver tirse en un capricho subjetivo y arbitrario. En nuestro ejemplo, su afán de impedir la muerte del perro y la demanda de indemnización consiguiente aparecen informados, en última instancia, por la directriz formal de un capricho puramente subjetivo. En efecto no tiene ninguna razón objetiva de ser el aferrarse a un derecho real cuando, según las circunstancias del caso, la posibilidad de recobrar el objeto sobre que recae se halla completamente excluída.

2. El derecho de libre interpretación judicial

A poco de entrar en vigor el Código civil alemán que rige desde el 1 de enero de 1900, se formó en Alemania una corriente jurídica a la que se da, desde entonces, el nombre de *movimiento del Derecho libre*. Esta tendencia no se distingue sustancialmente de la seguida por el juez Magnaud, a que nos hemos referido más arriba, aunque surgió y se desarrolló por cuenta propia, sin invocar y tal vez sin conocer la actuación de este juez. El criterio fundamental que informa esta corriente es que el juez, al fallar los litigjos que se le

someten, debe proceder con absoluta libertad. La ley, con su articulado plasmado técnicamente, sólo puede expresarse en términos optativos, limitándose a formular propuestas, por decirlo así. Tan pronto como el resultado que de ella se derive en el caso concreto no parezca acertado, el juez debe considerar autorizado y a la par obligado a apartarse de ella y fallar *libremente*.

El movimiento del *Derecho de libre interpretación* surgió, principalmente, en la práctica jurídica, sobre todo entre los abogados. Llegó a adquirir gran extensión, en la época indicada, pero luego decayó y parece que se halla ya en franco deacenso. No tenemos por qué seguirlo aquí, en la parte en que se limita a criticar algunas sentencias judicialea vueltas, aunque sean de la suprema jurisdicción. Pero si debemos analizarlo críticamente, en lo que tiene de método de alcance general, de concepción fundamental tanto de la función del juez como del papel del legislador.

Se ha dicho si estaríamos, sencillamente, ante un renacimiento de la jurisdicción del Pretor. No estará demás, pues, recordar brevemente aquella modalidad de creación de Derecho y administración de justicia, para llegar luego, por la vía del análisis sistemático, a conclusiones prácticas y teóricas respecto al movimiento del Derecho de libre interpretación.

Antes, conviene indicar que una corriente análoga al movimiento del Derecho libre es la llamada *jurisprudencia sociológica*. También ésta sostiene que el juez no debe atenerse tanto a las normas fijas de carácter jurídico como a su libre apreciación de la vida económica.

Este criterio presenta dos matices distintos.

Unas veces, se indaga el llamado Derecho *vivo*. Hay normas que perduran en el Derecho vigente sin haber sido aplicadas jamás. En Derecho hereditario, por ejemplo, hay numerosos artículos, sobre todo en lo que se refiere a la interpretación de los testamentos, sin valor alguno, porque no se aplican nunca. El usufructo de objetos concretos carece casi de toda importancia práctica. De los negocios jurídicos de comisión se dice que van desapareciendo gradualmente. La institución específica del contrato de depósito es superflua, pues los contratos de alquiler, mandato y scrvicios permiten alcanzar todos los fines perseguidos por aquél. En cambio, surgen constantemente nuevos tipos de contrato que no figuran en el Código, y en general puede decirss que la legislación va renqueando detrás del *pulso de la vida real*. Contra este modo jurídico de ver, nada puede objetarse. Lo que pasa es que presupone precisamente la posibilidad de un conocer y un enjuiciar jurídicos de carácter científico. El criterio a que nos referimos se reduce a subrayar ciertos problemas concretos, que pueden, sin duda, ser muy interesantes.

Lo que ya no resulta tan claro es esa referencia pretendidamente autoritaria a los fenómenos económicos como las normas decisivas para el juez. Aquí hay un error, que el análisis crítico debe despejar. Los fenómenos económicos no tienen una existencia substantiva e indendiente del orden jurídico a que se hallan sujetos. Sólo se los puede coneebir en un plano de ejecución del Derecho vigente allí donde se producen. Si suprimimos estas posibilidades jurídicas, por ejemplo, la propiedad, los contratos, el dinero, etc., no quedará en pie absolutamente nada del punto de vista económico. En cambio, el punto de vista jurídico es independiente de toda proyección económica. De aquí se deduce que el criterio fundamental para estudiar la actuación del juez estriba en el conocer y el enjuiciar

jurídicos. Que en la aplicación de este método puede ser útil, en los casos concretos. observar los fenómenos económicos, se comprende perfectamente, pero esto no significa ningún camino fundamentalmente nuevo en la función del llamado a velar como juez por la convivencia jurídicamente ordenada.

3. El Pretor

La actuación peculiar del Pretor respondía a las condiciones especiales de la antigua Roma. Al fundarse, esta magistratura judicial sólo era asequible a los patricios, a la nobleza ptimitiva. Su competencia abarcaba la jurisdicción ordinaria en asuntos civiles. En el ejercicio de sus funciones, el Pretor estaba obligado, naturalmente, a observar y guardar las leyes generales del Estado. Base de estas leyes eran las XII Tablas, aquella curiosa codificación que sigue siendo todavía hoy un misterio, pues nunca ha podido saberse claramente cómo en una colectividad como la de la antigua Roma, que en conjunto presentaba, indudablemente, un nivel cultural bastante bajo, pudo surgir una legislación concebida y formulada con tanta claridad. La tentativa de situar sus orígenes en una fecha posterior no puede considerarse acertada. Lejos de ello, en la época histórica se veía ya que el contenido de las XII Tablas empezaba poco a poco a envejecer. Roma crecía y su influencia hacia el exterior era cada vez mayor. Dejaba de ser una pequeña colonia campesina para desarrollar u tráfico y un comercio cada día más intensos en todas las direcciones a que llegaban las actividades de la época. Las luchas contra la plebe, que era la nueva nobleza y los *patres*, no cesaban; las complicaciones guerreras en el exterior no tenían fin, y el templo de Jano, en el que se imploraba la paz, estaba constantemente abierto. Todo esto hacía que, de una parte, el desarrollo perogresivo del derecho antiguo respondiese a una

evidente necesidad, mientras que, de otra parte, existían las mayores dificultades para que los Comicios pudiesen acometer la reforma constante de las leyes. Esto impuso a los pretores una misión especial en sus actividades judiciales, la cual influyó considerablemente, a su vez, en el carácter de estas actividades.

El punto jurídico de apoyo para la peculiar actuación de los pretores lo daba el hecho de que el Pretor figuraba entre los titulares del poder público, el *populus romano* le confirió el *imperium* para el ejercicio de su cargo. Esto permitía al Pretor, mientras estuviese en funciones, seguir para el enjuiciamiento de los litigios ordinarios del Derecho civil normas distintas a las prescritas por el *ius civile*. A juzgar por lo que de esto nos dicen las fuentes, el pretor era, por lo que a esto se refiere, *libre*, en el sentido de que no necesitaba invocar ninguna razón.

Ya hemos recordado más arriba (III, 4) que el Derecho romano se asimiló a lo largo del tiempo las mejores y más probadas instituciones de los pueblos de la antigüedad, estructurándose incluso en el campo de Derecho privado de un modo abstracto. El camino para esto lo facilitó precisamente la jurisdicción del Pretor, cuya posición formal, a la que acabamos de aludir, se traducía en importantes consecuencias materiales. Tal acontecía, por ejemplo, con los viejos requisitos formales del primitivo Derecho romano. Los requisitos de la *in iure cessio* y la *mancipatio* para adquirir la propiedad pasan a segundo plano y el Pretor se contenta con el hecho de la tradición, exenta de toda formalidad, para reconocer y garantizar la posición jurídica del poseedor en caso de litigio, exactamente lo mismo que si fuese propietario. El régimen agnaticio de las XII Tablas no reconocía derechos hereditarios entre madre e hijo, pero el

Pretor les concedía, a condición de que se presentasen dentro de plazo, la *bonorum possesio*, ni más ni menos que si fuesen herederos con arreglo a la ley. de este modo, fue produciéndose un desdoblamiento entre el derecho legal y el Derecho pretorio, que era el que prácticamente decidía en cuanto a los intereses.

Sin embargo, el Pretor sólo gozaba de tan amplia libertad siempre y cuando que no se hubiese pronunciado ya acerca de una cuestión jurídica. En otro caso, se hallaba vinculado a la norma establecida mientras permanecía en el cargo. Su sucesor era perfectamente libre y podía sentar normas distintas. Pero, en la práctica, los Edictos enm los que un Pretor formulaba las normas jurídicas establecidas por él formaban una masa cerrada que venía a ser una especie de Código acrecentado sin cesar y que pasaba de un Pretor a otro, renovándose formalmente todos los años.

Esta libertad judicial del Pretor encerraba peligros incluso para él. Fácilmente podían surgir recelos contra su actuación. Los Tribunales del Pueblo podían vetar sus fallos y la publicidad plena de la administración de justicia en el Foro romano le colocaba, por así decirlo, bajo la vigilancia de la colectividad. Indudablemente, en los tiempos antiguos el ejercicio de las funciones judiciales del Pretor se guiaba por una prudente objetividad, a la que servía de sostén, en lo exterior, la modestia de las condiciones de la época. No se tiene noticia de ningún proceso criminal en el que el Pretor fuese condenado, por abusar de sus funciones, a ser arrojado de la de la roca Tarpeya. Pero la firmeza de los viejos tiempos fue relajándose poco a poco. En la época de Sila se dictó una ley que prohibía expresamente a los Pretores apartarss de las normas establecidas ya en sus Edictos. No sabemos hasta qué punto sería esto un remedio eficaz.

Con el Principado, le salió a la jurisdicción dc los Pretores una competidora en la jurisdicción de los funcionarios imperiales. Los magistrados republicanos, aunque subsistentes, fueron perdiendo constantemente influencia, en la práctica las intervenciones judiciales al modo antiguo habían quedado casi completamente eliminadas por los *edicta tralaticia*, a que nos hemos referido ya. La codificación de todo el derecho pretorio de interés práctico para formar el *Edictum perpetuum*, en la época de Adriano, liquidó en lo fundamental aquella antigua y curiosa mezcla de creación de derecho y administración de justicia.

El Pretor y su magistratura judicial constituyen una fase interesantísima en la evolución del Derecho romano. Jamás se ha vuelto al régimen aquel. En los movimientos y en las propuestas de los tiempos actuales no se admite tampoco el punto de vista peculiar de aquella época histórica.

4. Sobre El estadista de Platón

La característica esencial del movimiento del Derecho de libre interpretación consiste en que pretende suprimir en absoluto los preceptos del Derecho imperativo. Si se limitase a pedir que el número de estos preceptos se redujese, no pasaría de ser un criterio relativo a cuestiones de detalle, que no podría reivindicar un interés general en cuanto a la concepción fundamental del Derecho y la justicia.

Algunos de los adversarios de esta corriente han creído impugnarla alegando que es inadmisible, puesto que pone al juez por encima de la ley. Esto no es cierto. El movimiento del Derecho de libre interpretación pide, por el contrario, que sea

la propia ley la que señale las facultades del juez. A su juicio, la ley debe hacer extensivo a todos los casos, con carácter general y absoluto, las normas en quc hoy encomienda al juez fallar con arreglo a la *buena fe* y al Derecho justo en general. Mientras la ley no haga esto, aquel movimiento no discute que el juez se halla, indudablemente, obligado por los preceptos imperativos de la ley y que es precisamente ésta la que debe eximirle de esa supeditación.

Pero esto tropieza con las más serias objeciones. Los preceptos que nuestra legislación establece para detenninados casos de un modo tan imperativo, que no deja el menor margen al arbitrio judicial, proceden de una vieja y probada experiencia. Así, por ejemplo, cuando el Código civil dice (art. 544) que el inquilino de uua vivienda malsana puede rescindir el eontrato sin sujetarse, a plazo alguno, aun cuando al cerrar el contrato conociese las condiciones antihigiénicas de la vivienda o hubiese renunciado a invocarlas, es indudable que no deja margen para enjuiciar la conducta del arrendatario con arreglo a la *buena fe*. Si se permitiese presentar y discutir alegaciones dilatorias de este género, no sería posible luchar contra las viviendas malsanas con la energía expeditiva con que quiere luchar la ley. La prohibición de toda restricción contractual puesta a la libertad de testar (Código civil, art. 2302) salvaguarda el respeto debido a la última voluntad del testador mejor que lo haría la apteciación de las circunstancias del caso con arreglo al *libre arbitrio*, y se comprende fácilmente porqué los romanos declaraban *contra bonas mores* hasta la mera posibilidad de un pacto hereditario. Ejemplos de éstos para probar la conveniencia de las normas legales de carácter imperativo podrían ponerse a montones.

En ciertas cuestiones jurídicas, sería sencillamente imposible pretender juzgar el caso concreto con arreglo al libre arbitrio del juez. Tal, por ejemplo, cuando se trata de señalar plazos o límites de edad. Aquí entra en juego lo que ya Jhering llamó el requisito de la practicabilidad del Derecho. Tratándose de la declaración de mayoría de edad de un menor, podrá el tribunal tutelar examinar lo que mejor convenga a aquél, según las circunstancias especiales del caso concreto (Cód. civil arts. 3-5). En cambio, sería sencillamente grotesco pretender que se dejasen al *libre* arbitrio del juez, en el sentido de la corriente jurídica que venimos criticando, las cuestiones de la mayoría de edad en general, de la capacidad para el matrimonio, de la capacidad para testar, de la capacidad para ejercitar los derechos electorales activos y pasivos, etc.

Tanto en el comercio jurídico como en la práctica judicial, no es posible prescindir de las formalidades y de los plazos imperativos, si no se quieren ver reinar la inseguridad y el desorden. no representaría, por ejemplo, ningún progreso para la vida comercial la supresión del rigor cambiarios, dejar que se juzgase con arreglo a la *buena fe* si una letra de cambio o un cheque han sido librados válidamente o aquélla protestada dentro del plazo. Los preceptos imperativos sobr prescripción y los plazos forzosos qie la ley establece en interés de la seguridad del comercio jurídico. y no es posible renunciar a los requisitos formales en el otorgamiento de disposiciones de última voluntad o en el modo de llevar los registros judiciales, sin correr el riesgo de falsificaciones y de la incertidumbre en cuanto a los efectos jurídicos.

Tampoco en los fallos de la jurisdicción contenciosa se puede confiar en el principio del arbitrio judicial, el cual sólo puede dar resultados verdaderos y satisfactorios cuando haya

razones para suponer que los órganos del Estado llamados a administrar justicia son realmente competentes para el desempeño de esa misión.

No existe, pues, ninguna razón que justifique, en las condiciones actuales, el criterio unilateral de la escuela del Derecho de libre interpretación. Un buen legislador utilizará cabalmente ambos medios y caminos: el de los preceptos de carácter imperativo y el de los de carácter dispositivo. No hay ningún Derecho histórico que no proceda asi (v. infrá. VIII, 2). El arte del legislador consiste precisamente en saber trazar, en cada situación dada, la línea divisoria entre ambas posibilidades. Todo gira, necesariamente, en torno a una cuestión de cantidad y de proporción entre ambos métodos. Con lo cual los postulados del Derecho libre quedan reducidos a simples postulados limitados y concretos y pierden, como dccíamos al comienzo de este apartado, el valor de doctrinas de principios.

Todo esto hubo de ser subrayado ya, en el fondo, por Platón, cuya obra sobre el Estadista es de provechosa lectura para este problema y cuya tesis podemos transcribir aquí como resumen de cuanto queda dicho:

Pero lo mejor es que el poder no corresponda a las leyes, sino al hombre sabio designado por el rey. La ley no puede abarcar lo más justo para todos, porque los hombres y sus actos son demasiado diferentes entre sí y nada se está quieto, por decirlo así, en las cosas humanas. Sin embargo, vemos que la ley, como esos hombres satisfechos de sí mismos y faltos de ventura, quiere que todo se haga como ella lo dispone, no quiere que se consulte a nadie, aun cuando alguien tenga que decir algo nuevo y mejor; no quiere más orden que el establecido por la misma ley.

No obstante esto, es necesario que haya leyes. Al legislador le pasa como a los que prescriben reglas de ejercicios físicos adaptables a muchos. *Creen que es posible desarrollarlos en detalle para que se adapten exactamente al cuerpo de cada cual; creen que es así, burdamente como pueden hacerse extensivas a muchos las reglas del ejercicio corporal*.

Pero quien se atreva a atentar sin razónn alguna contra las leyes que responden a una larga experiencia y en las que siempre algunos consejeros han dejado oír su consejo racional, *cometerá, para no incurrir en un error, otro mucho más grande y será para nosotros un obstáculo todavía más embarazoso que los mismos preceptos de la ley*.

5. Fallos fundamentados

Nuestras leyes procesales prescriben que los fallos judiciales han de ir acompañados de sus fundamentos (Ley Proc. Pen., art. 313; Ley, Proc. Penal, arts. 3.1 y 266). La ausencia de fundamentos en la sentencia *debe ser considerada siempre como una infracción de la ley* y justifica la revisión del proceso (Ley Proc. Civil, art. 551, 7; Ley Proc. Pen., artículo 377, 7. V. suprá, V, 3). Esto rige también, evidentemente, en todas las sentencias judiciales basadas en el criterio de la *buena fe*, de las *buenas costumbres*, de la *equidad*, del Derecho justo, en general. Indudablemente, la fórmula de que el juez, en estos casos, falla *libremente* no es una fórmula muy feliz, en el aspecto a que nos estamos refiriendo. La *libertad* del juez aparece limitada en el sentido de que tiene que indicar los fundamentos por virtud de los cuales considera fundamentalmente justa o ilegítima una determinada exigencia o denegación.

Si el postulado del Derecho de libre interpretación hubiese de interpretarse en el sentido de que el juez pudiera fallar siempre sin dar razones, esto no representaría ningún progreso. Equivaldría a implantar el sistema de la arbitrariedad. Cuando le preguntasen por las razones de su fallo, el partidario del *arbitrio judicial* sólo podría contestar como contestó Shakespeare en la comedia de los dos Veroneses: *No hay más razón que una razón de mujer: y creo que es así porque a mí me parece así*.

Tal vez se nos replique que aquí no se tiende al subjetivismo, y que cuando se *libere* al juez de los preceptos imperativos será precisamente cuando se alcance lo objetivamente justo, lo cual se derivará del sentimiento natural del Derecho de cada cual.

En realidad, este último giro se emplea con mucha frecuencia. Es usual contraponer el llamado sentimiento del Derecho a las normas del Derecho positivo; y con ello no se trata de expresar simplemente el sentimiento de aprobación o reprobación de un fallo judicial concreto, es decir, una mera emoción subjetiva, sino que pretende elevarse el sentimiento del Derecho a instancia racional, a fuente de lo fundamentalmente justo.

En las sentencias judiciales es más raro encontrarse con la referencia vulgar al *sentimiento*. Un ejemplo interesante de otro modo de proceder es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo alemán en el famoso proceso sobre la fotografía del cadáver del príncipe de Bismarck.

La verdad es que, invocando el sentímiento del Derecho, resulta completamente imposible sustraerse a resultados de validez meramente subjetiva. Nadie nace trayendo al mundo consigo este sentimiento del Derecho. El hombre recién

nacido es un ser natural que nada sabe todavía de Derecho ni de justicia. Tiene que adquirir la conciencia de ello. Y nadie podrá afirmar razonablemente que todos los hombres se asimilan esas nociones a través de un proceso uniforme. Este proceso depende en cada hombre de innumerables e incontrolables complicaciones. Y el problema de la rectitud objetiva se plantea aquí, como siempre, en el transcurso de la evolución humana total y por medio de la reflexión crítica.

Además, cuando alguien afirma que precísamente su sentimiento personal del Derecho es el que indica lo que es objetivamente justo, cae en el frecuente error de confundir la génesis y desarrollo de un pensamiento con la que este pensamiento es y significa. Aquella pretensión da ya por supuesta, en su sistemática posibilidad, el pensamiento de lo objetivamente justo. Se halla ya, por tanto, en posesión de este pensamiento. Siendo así, ¿por qué no ha de ser posible, a fuerza de meditar sobre ello, esclarecer la permanente peculiaridad y las condiciones necesarias de dicho pensamiento, del pensamiento de la rectitud objetiva en general, y ponerlo luego en práctica, una vez esclarecido?

El hecho de que este análisis critico y esta introspección reflexiva sean lo posterior en el tiempo, carece de importancia. Tampoco ofrece duda que se echa de menos en muchas sentencias judiciales, excelentes, por lo demás, en cuanto a su contenido material. Hace unos 80 años, un jurista de Baden, publicó una crestomatía de casos jurídicos de la jurisprudencia romana clásica, con arreglo a un plan propio. En ella cada caso aparecía desdoblado, exponiéndose en la primera parte de la obra los hechos y la cuestión jurídica y en la segunda parte, con el número correspondíente, la solución. El resultado era sorprendente. La primera parte se caracteriza por su claridad y su agudeza; la segunda adolece no pocas

veces de falta de coordinación y de otros defectos. Con harta frecuencia se echa de menos todo fundamento, y a veces éste es, indudablemente, falso o formalísticamente mezquino. Y, sin embargo, en cuanto al contenido, apenas en ningún caso considera uno justificado apartarse de la decisión.

Seguramente que tal acontece hoy también, por regla general, con los mejores fallos de nuestros Tribunales. Con esto, queda indicado en qué sentido se puede introducir un progreso, progreso tan posible como necesario. Este progreso consiste en que el juez esclarezca críticamente ante sí mismo el contenido de su propio fallo, en que ahonde en los métodos de pensamiento que de aquí resultan, en que lleve a la práctica las condiciones uniformes y siempre reiteradas que informan la rectitud objetiva de las sentencias judiciales.

INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES

1. Legislación y Judicatura.

La separación de estas dos funciones del Estado suele relacionarse con la teoría de Montesquieu sobre los tres Poderes. Esta famosa teoría aparece desarrollada en la obra De l´esprit des lois (1748), libro XI, capítulo 6. Este capítulo lleva por título De la Constitución inglesa, pero se refiere a todos los Estados en general. En todo Estado existen tres Poderes: el Poder legislativo, el Poder ejecutivo para asuntos relacionados con el Derecho internacional y el Poder ejecutivo

para cuanto depende del Derecho civil. A este último lo llama Montesquielt *el Poder judicial*, reservando el nombre de *Poder ejecutivo* para el segundo.

Cada uno de estos tres Podcres debía aparecer separado de los otros dos y con su propio titular. De otro modo, no estarian separados estos Poderes; sino unidos en la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podría existir la libertad política del ciudadano. Así ocurre, sobre todo, cuando el Poder judicial no aparece separado del Poder legislativo y del ejecutivo: Si se confundiese con el Poder legislativo, la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues el juez sería legislador. Y si se confundiese con el Poder ejecutivo, el juez podría convertirse en opresor.

La teoría de Montesquieu es producto de la situación histórica del siglo XVIII. Ayudó extraordinariamente a resolver los problemas apremiantes de aquella época. Por eso ha ejercido una infiluencia tan cosiderable sobre la legislación y la politica de los Estados. Su eco resuena todavía, indudablemente, en todas las modernas Constituciones.

Por otra parte, la teoría de los tres Poderes ha sido impugnada repetidas veces. Los ataques que se le dirigen nacen de la duda de si la división de Poderes establecida aquí será absoluta y completa. Nos salen al paso aquí algunas observaciones prácticas y algunas deducciones teóricas.

Por lo que se refiere a las primeras, es sorprendente que Montesquieu no aluda para nada a la administración interna del Estado. Sólo habla del Poder ejecutivo basado en el Derecho internacional. Parece, pues, que confunde o involucra las funciones de un Ministerio de la Gobernación al identificarlos con un Poder judicial. La división tripartita

podría muy bien mantenerse englobando como un todo a la Administración del Estado y subdividiéndola luego en Administración interior y exterior, cada cual con sus propias subdivisiones. En esta clasificación encajaría también la jurisdicción administrativa, de reciente creación.

A esto hay que añadir que, en la práctica, la división de poderes no puede establecerse siempre tan nítidamente, que se encomiende cada Poder a un órgano eepecial, absolutamente ajeno a la competencia de los otros dos. Lejos de ello, sus esferas de acción se mezclan y entremezclan, no pocas veces. En Inglaterra, la Cámara de los Lores, que actúa fundamentalmente como órgano legislativo, interviene en ciertos asuntos de importancia como Tribunal judicial; el Pretor romano, del que hemos hablado más arriba (VI, 3) tenía poderes de creación de Derecho. Y si nos fijamos en las actividades administrativas, vemos que en ellas intervienen también los Parlamentos, es decir, el Poder legislativo.

Cabe, pues, preguntarse si la división sistemática de Poderes a cuyos orígenes en la historia de las doctrinas nos acabamos de referir, en breves palabras, tiene una significación fija y absoluta.

2. El Estado de Derecho

Muchas veces se ha planteado, con carácter dubitativo, la pregunta anterior. La primera tentativa es la de contestarla con una descripción general. Se trazan analogías sobre la materia múltiple y diversa de la experiencia histórica. Es un método socorrido volar sobre los siglos y agrupar sintéticamente las manifestaciones en las que se cree

descubrir iguales o análogas características. Pero esto sólo puede lograrse por aproximación. La materia que aquí se trata de modelar es demasiado varia, dispersa y mudable; no puede esperarse que, estudiando sus aspectos concretos, se llegue nunca a descubrir los métodos de ordenación general, como objetos especiales de nuestra investigación. Es dudoso qne las formas conceptuales realmente empleadas como formas susceptibles de ordenar la masa caótica de las diversas experiencias concretas puedan deducirse de la simple observación de esta masa caótica como tal.

A esto hay que añadir que el conocimiento cientifico sólo existe cuando se penetra exhaustivamente en el sistema de los métodos puros. Y siempre será dudoso qne se puedan agotar los métodos de ordenación por el solo hecho de asegurar por la consideración empírica algunos de ellos.

En vez de esto, nosotros establecemos este tipo de investigación: analizar críticamente la posibilidad de ordenar de un modo unitario toda la materia concebible de la experiencia histórica (V. I, 2).

Aplicando esto a nuestro tema, tropezamos ante todo con el concepto del Derecho. Es el único que aparece como modalidad conceptual determinante de ordenación en todos los problemas jurídicos particulares que nuestra experiencia nos plantea, como tales problemas particulares en el transcurso de la Historia. Pero en este concepto va implícita la noción de que los hombres conviven y se relacionan bajo una regla exterior. De donde resulta que en todo pensamiento jurídico tenemos presentes en nuestro pensamiento, por sí mismas, estas dos modalidades de ordenación: la categoría de la supremacía juridica y la de la subordinación jurídica. La primera caracteriza a la norma que vincula jurídicamente a los

diversos individuos; la segunda, en cambio, caracteriza la posición de los individuos vinculados. En la práctica, se derivan de aquí, aplicando aquellos conceptos fundamentales a la estructuración de la vida social, los conceptos del establecimiento del Derecho y de la ejecución del Derecho: el primero, en que se estatuye la norma jurídicamente vinculatoria; el segundo, en que se determinan las relaciones de los individuos sujetos a esa norma. Estas categorías formales dominan, por tanto, necesariamente, todos los problemas jurídicos; por eso se las erige, y con razón, en base esencial del Estado de Derecho de los tiempos modernos. La preocupación que apuntaba más arriba puede concebirse como la aspiración a la libertad del ciudadano frente a un Poder público demasiado opresor. Si no nos engañan todos los indicios, esta preocupación ha vuelto a apoderarse en nuestros días de todos los Estados civilizados con fuerza redoblada. No importa que cambien los titulares del Poder, en cuyas manos se pone el Poder organizado del Estado: la idea de la libertad, de la autonomía y de la propia responsabilidad del hombre ante sí mismo y ante lo que constituye la meta de su vida se ve en peligro en todas partes, cuando no se destruye y se hace añicos; ante la ingerencia excesiva de los Poderes del Estado. Y la suerte y el destino del hombre consisten en ser o en negar a ser una personalidad interiormente libre. Todos los preceptos del Estado y toda la organización social no son más que un medio limitado ante este fin fundamental. Lo importante, pues, es organizar los medios del Poder público de tal modo, que tengamos siempre ante nuestros ojos la directriz ideal que debe guiar a aquel Poder.

Aquí, juega un papel muy importante, indispensable, la misión del juez. Todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación justa del Derecho no les sirve de nada a los

miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización del Derecho no aparece garantizada por Tribunales imparciales y competentes. Este anhelo tuvo su fuerte expresión en las aspiraciones del siglo XVIII, época con la que los tiempos presentes ofrecen más de un paralelismo.

En aquel entonces, se trataba de luchar contra la justicia de Gabinete. Los titulares del Poder público intervenían en la marcha de la justicia, según las inspiraciones de su antojo personal. Entre la justicia y la policía no existía una distinción precisa; la policía no era meramente, como debe ser, una auxiliar de la justicia, sino que muchas veces decidía y ordenaba. Costó largas luchas instaurar el Estado de Derecho, del que se desterraron aquellos abusos. La Justicia quedó fundamentalmente separada de la Administración; en lo sucesivo, habría de ser desempeñada por Tribunales independientes, sometidos exclusivamente a la ley.

Mencionaremos brevemente las medidas, harto conocidas, dictadas por la legislación alemana del siglo anterior. Las aspiraciones a que hacemos referencia viéronse plasmadas por modo magnífico en la Ley orgánica de los Tribunales y en las tres llamadas *Leyes de Justicia*, la Ley Procesal Civil, la Ley Procesal Penal y la Ley de Concursos y Quiebras, que rigen desde el 19 de octubre de 1879 en el Reich alemán. El art. 102 de la vigente Conetitnción del Reich, de 11 de agosto de 1919, recoge el art. I de la Ley orgánica de los Tribunales en los términos siguientes: Los jueces son independientes y se hallan sometidos solamente a la ley.

Para alcanzar con la mayor perfección posible la mira del Estado de Derecho es necesario en todo tiempo, indiscutiblemente, mantener a los Tribunales alejados de las incidencias de la política diaria. Dentro de nuestras

concepciones, constituye la evidencia misma el que los jueces sean inamovibles de por vida y sólo puedan ser separados de su cargo por incapacidad para ejercerlo o por sentencia judicial. Y sólo deben ser reclutados entre las personas objetivamente competentes para el desempeño de esta función, siempre al margen y por encima de la política limitada de los partidos y de sus programas.

3. Doctrinas consagradas y precedentes judiciales

Pero la independencia del juez debe ser, ante todo, una independencia interior basada en la libertad espiritual. El juez sólo debe someterse a su propia convicción, debidamente fundamentada. Esto nos conduce a un capítulo acerca del cual tenemos algunas cosas que decir, en el plano del análisis crítico. Esta libertad espiritual necesaria para el ejercicio de las funciones de juez se halla amenazada por diversos peligros. Estos peligros nacen, por una parte, de las ingerencias externas de la legislación, por otra parte de ciertos doctrinarios bien intencionados, y finálmente de la propia tendencia del juez a respaldar sus fallos en la autoridad de otros. Examinaremos por separado estos tres puntos.

Cnando Justiniano dió cima a su obra del Digesto, prohibió que se cotejase el Digesto con los viejos textos de los juristas y que se escribiese ningún comentario en torno a él; atrevimiento que Bruno ha calificado, acertadamente de *quimérica, pero no única fascinación legislativa*. Todavía en 1813, el promulgarse el Código penal de Baviera, pudimos asistir a una tentativa semejante.

El camino inverso es el que sigue el nuevo Código civil alemán, en cuyo art. 1 se remite al juez, en caso necesario a las *doctrinas consagradas*. Esta expresión no debe interpretarse en un sentido restricto, al igual que ocurre con la de *buenas costnmbres*. Tanto en uno como en otro caso, sólo puede significar las doctrinas o las costumbres que, bien miradas, puedan considerarse como *reconocidas* o como *buenas*, aunque en la práctica no lleven mucho tiempo en vigor. Por lo tanto, la referencia del legislador federal a las *doctrinas consagradas* no menoscaba la libertad espiritual del juez. Es más que evidente que éste no rehuirá la posibilidad de una buena orientación, basada en razones fundadas; se trata, simplemente, de un recurso para formarse una convicción, la cual ni puede aferrarse obstinadamente a una primera impresión ni atarse servilmente al juicio de otros. En todo caso la orientación, para prevalecer, deberá ir acompañada de buenos fundamentos. *No forzamos a nadie* -decía Lutero- *ni siquiera a aceptar la verdad*.

Por eso no podemos compartir tampoco el criterio de quienes piensan que un juez que, faltando a sus convicciones, ceda al punto de vista jurídico de un Tribunal superior incurre en pena con arreglo al art. 336 del Cod. penal. Esto es ir demasiado allá, a menos que exista la intención de quebrantar el Derecho.

En nuestro Derecho vigente no se obliga al juez, por regla general, a someterse al criterio de otros. En Derecho actual no existe ni el *ius respondendi* de los romanos ni el envío del apuntamiento del procedimiento civil ordinario. En Prusia, en creó en 1789 una Comisión legislativa que menoscaba la independencia de pensamiento del juez. Cuando un Tribunal o una autoridad cualquiera tiviesen dudas acerca del sentido de una ley, debían abstenerse de interpretarla por su cuenta e

informar a dicha Comisión. El Código nacional general prusiano de 1794 mantuvo esta peregrina institución que no se suprimió hasta el alo 1798. El Código civil francés de 1804 contiene una norma que es, precisamente, el reverso de ésta; según ella, el juez no puede negarse en ningún caso a emitir un fallo so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; si lo hace, se le podrá exigir responsabilidad por negarse a administrar justicia.

Tras estas vacilaciones, nuestro Derecho vigente garantiza la independencia de los Tribunales también en el sentido de que ningún Tribunal se halla obligado a atenerse a los fallos de otro Tribunal, cuando vayan en contra de sus propias convicciones jurídicas. El valor decisivo de los precedentes judiciales, que antes, hasta los tiempos modernos, se reconocía en gran medida, es ajeno al Derecho actual. El juez no sólo es absolutamente libre respecto a los órganos de la administración y a todos los poderes políticos del Estado, sino que lo es también respecto a los fallos jurídicos de otros Tribunales. Esta norma admite contadas excepciones. El art. 137 de la Ley, orgánica de los Tribunales establece que ninguna sección del Tribunal Supremo podrá disentir de los fallos de otra sección del mismo alto Tribunal; si no está de acuerdo con ellos, deberá someter el caso al pleno de las secciones de lo civil o de lo penal, si se trata de asuntos penales. Una norma especial rige también para los fallos en materias del Registro inmobiliario, emitidos por las Audiencias territoriales. El art. 79 de la Ley sobre el Registro inmobiliario dispone que si una Audiencia territorial, en la interpretación de un precepto contenido en las leyes del Reich y referente a este Registro quiere apartarse de la jurisprudencia establecida por otra Audiencia territorial o por el Tribunal Supremo, deberá elevar el asunto, con sus razones jurídicas, a este alto Tribunal.

Como se ve, todas estas normas se refieren, exclusivamente, al Derecho técnicamente elaborado. Cuando el jUEZ esté autorizado por la ley para fallar con arreglo a la *buena fe* o por medio de un método semejante, podrá elegir libremente la norma que crea fundamentalmente justa, sin atenerse al fallo o al criterio imperativo de ninguna otra autoridad. Aquí, no vale más que su propio criterio, que debe seguir por la vía metodológicamente más segura de reflexión.

4. Las llamadas normas de cultura

En estos tiempos, se ha expuesto repetidas veces como pensamiento central del Derecho el de servir a la *cultura* humana. Se dice que el Derecho es un producto de la *cultura* y que el fomento de la *cultura* constituye un objeto final. Y se quiere que sean las llamadas *normas de cultura* las que den la pauta para los fallos judiciales, cuando el juez tenga que orientarse en sus sentencias hacia la rectitud fundamental, por no existir normas técnicamente elaboradas aplicables al caso concreto.

Esta doctrina presenta todas las características de un punto de vista específicamente empírico. Tal vez no sea intrinsecamente falsa, pero se detiene en la superficie.

Ya el mismo empleo de la palabra *cultura* lo demuestra. Nadie puede contentarse con coronar sus reflexiones con un tópico, si detrás de la expresión que se invoca como decisiva hay conceptos primarios a los cuales cabe remontarse por vía de reflexión. La falta de claridad acerca de estos conceptos es, precisamente, lo que hay de fatal en todo empirismo. Pues bien para no caer en este vicio lamentable, hay que indagar

qué debe entenderse, en rigor, por *cultura*, analizando críticamente este concepto. Y entonces, investigando la noción unitaria que se esconde detrás de ese concepto, llegamos a la conclusión de que la *cultura* es la aspiración hacia lo justo.

No podemos citar aquí, ciertamente, muchos intentos de defiñición de este concepto en otro sentido. En los tiempos antiguos, la palabra *cultura* no se usaba todavía para expresar una meta final absolutamente válida de las actividades humanas, sino en un sentido técnico más limitado, v. gr. como capacidad para procurarse satisfacciones o como una especial destreza en ciertas actividades. Todavia hoy, se habla a veces, de *historia de la cultura* para designar la historia de las costumbres externas y de los usos convencionales. Nada hay que objetar, exteriormente, como es natural, contra la terminología moderna, que emplea la palabra *cultura* en un sentido de validez absoluta, como asimilación de aspiraciones humanas; lo único que cabe exigir, como hemos dicho ya, es que se esclarezca críticamente el sentido que esto entraña. Y al hacerlo, el concepto *cultura* se definirá tal como lo hemos visto hace poco.

Un filósofo moderno del Derecho propone como definición de *cultura* ésta: *cultura* es la realidad que se ha hecho valiosa. Pero esta definición no puede ser completa mientras no sepamos qué se entiende por *valioso*. Tratándose, como se trata, indudablemente, aquí, de una pauta que abarca de un modo condicionante todas las experiencias concretas de la vida, es evidente que el problema de lo *valioso* en términos generales depende de la posibilidad de determinar como fundamentalmente justos los diferentes fines y medios. Con lo

cual, cuando se creía haber encontrado la solución, resulta que no se ha hecho más que plantear el problema.

El intento de tomar la *cultura* como punto de partida y como meta, a pesar del celo con que se ha defendido en la jurisprudencia actual, es, por tanto, infundado, y no puede servirnos de base para fundamentar en el plano de los principios la misión del juez. Decir que el Derecho constituye una *manifestación de la cultura*, no es decir nada. Otro tanto puede decirse de todos los deseos y voluntades, de todo producto, cualquiera que él sea, creado por los hombres. No puede considerarse como una característica condicionante que distinga precisamente al concepto del Derecho. Cuando al juez se le plantee cualquier problema de carácter práctico en que se ventile la cuestión de saber si una exigencia o una pretensión tiene o no carácter *jurídico* -en el capítulo II tuvimos ocasión de examinar casos de éstos-, de nada le servirá, para sustanciar el proceso y emitir un fallo, la verdad perogrullesca de que el Derecho constituye una *manifestación de la cultura*. Para ello, será necesario fijar y conocer de un modo muy distinto el concepto *del Derecho*, a diferencia de otras modalidades de la voluntad humana.

Se remite el juez a las *normas de la cultura* para el caso en que tenga que fallar con arreglo a la *buena fe*, a la *equidad*, a las *buenas costumbres*; en una palabra, con arreglo a lo que aquí entendemos por *Derecho justo*. No es un método formal para elegir entre varias posibilidades empíricamente dadas, como el que brinda nuestra teoría, el que se quiere tomar como pauta, sino normas ya establecidas y situadas por encima de las normas elaboradas del Derecho: las normas elaboradas *de la cultura*. Cualquiera persona reflexiva y entendida en cosas de Derecho gustária de que se le pusiese un ejemplo de esto. Pero no los hay. ¿En qué sentido deben

concebirse estas *normas de cultura*, afirmadas tan a lo ligero? ¿De dónde proceden? ¿Qué aspecto presentan?

Desde el punto de vista del juez, hay, por tanto, razones fundadas para exigir que se presente de una vez, concretado en realidades, el Código de esas supuestas *normas de cultura* cuya posibilidad, hasta ahora, no ha hecho más que afirmarse vagamente. Mientras no se haga eso, habrá que declarar indiferente para la práctica toda la teoría de las *normas de cultura*. Teóricamente, la menor tentativa de reunir esas normas demostraría que sólo se trata, en realidad, de normas jurídicas de tipo especial, cuyo carácter *valioso* consiste simplemente en elegir entre diversas posibilidades en el sentido del ideal social.

5. Las concepciones imperantes

Kant plantea en uno de sus pequeños ensayos el problema de ¿Qué es el racionalismo? (1784). *Es -contesta- el libertar las propias convicciones de las palabras ajenas. Sapere aude!: ¡ten el valor de servirte de tu propia inteligencia! He ahí el lema del racionalismo.*

El reverso directo de esta actitud, que arranca al hombre de un estado de tutela imputable a él mismo es la de ir a refugiarse al criterio de otros cuando llega el momento de tomar una decisión justa, tras madura reflexión científica. Tal acontece también en el ejercicio de la magistratura judicial.

Cierto que a veces es la propia ley la que ordena al juez atenerse a las opiniones imperantes. El maestro de obras y el arquitecto que dirigen la construcción de un edificio tienen que respetar, si no quieren incurrir en pena, las reglas

reconocidas del arte de la construcción (Cód. penal art. 330); las donaciones que respondan a _las consideraciones debidas al decoro_ siguen un régimen jurídico, especial (Cód. civil, arts. 534, 1446, etc.; V. supra, II, 4). En estos casos, el Tribunal no tiene más que reconocer y aplicar las opiniones periciales y las normas convencionales que la ley declara decisivas. Pero estos casos constituyen excepciones muy contadas. Tienen su fundamento específico en determinados artículos de la ley, no pueden trascender de los límites señalados por ésta y son, exclusivamente, proyecciones concretas de la voluntad del orden jurídico vigente. Podríamos compararlos a las funciones de un ejecutor testamentario, a las leyes de ejecución dictados por los distintos países del Reich o base del Derecho general de éste o a la promulgación de reglamentos de policía.

Asimismo es evidente, y no requiere grandes explicaciones, el hecho de que, cuando se trata de interpretar una declaración de voluntad, la voluntad real de una persona se establece frecuentemente, teniendo cn cuenta el uso del lenguaje dominante y las opiniones más generalizadas. Esto, que es materia de cada caso de por sí, cae fuera de la órbita de interés a que nos estamos refiriendo.

El problema que aquí está planteado es el de saber si, como método general para llegar a juicios fundamentalmente justos, se puede recomendar el acatamiento de las opiniones dominantes, tiene que ser francamente negativa. A quien, al plantearse de nuevo un problema, no sepa hacer otra cosa que navegar a favor de la corriente de las opiniones imperantes, le ocurrirá, en la consecución de un resultado justo y fundamentado, algo parecido a lo de aquel tirador que, según el irónico relato del poeta, fallaba siempre el

blanco porque, al tirar, miraba de rabillo al público para cerciorarse de si le impresionaba su apostura.

Además, cuáles son las *opiniones dominantes* que pueden servir de criterio para resolver los problemas jurídicos litigiosos? ¿Quién puede definirlas, y de qué modo? En la práctica, cabe observar que, muchas veces, se invocan las opiniones dominantes en apoyo de criterios completamente opuestos, sobre todo en la aplicación de la norma que declara nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres. Quien se limite a observar qué concepciones imperan aquí y allá acerca de lo que es la voluntad justa, tendrá ocasión de convencerse de lo que difiere la *moral*, en el sentido más ámplio de la palabra. Pero el hecho de que las opiniones difieran no quiere decir que sea imposible la objetividad científica.

Claro está que ésta exige razones de fondo, con las que se le pueda elaborar de un modo críticamente seguro y fijo, la materia del caso planteado. El mero hecho de que un determinado criterio sea el *imperante* no puede suplir las razones de fondo de un juicio. La distinción de cantidad y calidad, que ya Platón y Aristóteles ponían de relieve en términos tajantes, la contraposición interna entre los conceptos de mucho y de bueno no podrá borrarse jamás del mundo. Y esta consideración deberá guiar también la actuación del juez, si quiere que sus juicios sean fundamentalmente justos y sus resultados buenos.

Por eso debemos decir también que el afán por la *popularidad* en los resultados no es el mejor consejero para conseguir juicios intrínsecamente justos. La referencia a lo *popular* adolece de una doble falta: falta de claridad conceptual y de fundamentación ideal.

No se ve claro a qué instancia se apela aquí, con la palabra *pueblo*. Esta palabra presenta un mosaico de acepciones, según el término que tomemos como punto de comparación. Pero, aun suponiendo que, en un caso dado, su significación sea clara, surgirá siempre la duda de si lo que el *pueblo* quisiera sería además, realmente, algo basado en fundamentos intrínsecos. Del simple hecho de la procedencia de una opinión no pueden sacarse conclusiones en cuanto a su rectitud intrínseca.

Si lo que quiere decirse es que el Derecho y la administración de Justicia deben ser *populares* en el sentido de que sus resultados buenos y justos sean sostenidos y compartidos por la convicción de la mayor cantidad posible de miembros de la comunidad jurídica, se afirma una verdad tan cierta como evidente. Lo que no hay que hacer es querer derivar la rectitud de un resultado de la opinión de muchos juzgadores. Las aspiraciones jurídicas y judiciales deben responder a este fundamento y a este fin: hacer que logren *popularidad* los resultados buenos que se consignan al estatuir y pronunciar el Derecho justo, y luego una vez hecho esto, conseguir que se lo asimile la convicción de muchos, de los más que sea posible.

EL SACERDOCIO JUDICIAL

1. Claridad del objeto final

Nuestro propósito de describir la tarea diaria del juez de un modo críticamente fundamentado nos ha llevado necesariamente a tomar como base de nuestra investigación la posibilidad de una ordenación metódica de nuestra conciencia en general. Ninguna persona que piense se

contentará, a la larga, con enfocar una serie de problemas concretos y limitados, que, además, no podrá ni siquiera conocer seriamente en su perfil concreto sin referirlos a su unidad (I, 2). Y nadie podrá -cuanto más celosa y diligentemente se ocupe de problemas, menos- sustraerse en último resultado a esta pregunta: ¿para qué todo esto, en rigor? Quien, en su profesión, se pare a pensar acerca de los fundamentos discursivos en que descansa, tropezará en su respuesta, forzosamente, con el sentido de la vida en general.

Si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, en este sentido, es precisamente la profesión del Juez. Y esto, no sólo en cuanto a la necesidad de remontarse a las cumbres de una concepción universal que lo domine todo, sino también en cuanto a la aplicación amorosa y exquisita de esa concepción universal a las cuestiones particulares de la vida diaria.

Es característico como ya en el más nimio litigio jurídico, se advierte en los interesados -no pocas veces, sin pararse a pensar para nada en las consecuencias- la tendencia a medir el caso particular por un criterio de medida absoluto y superior. Ante un fallo basado en normas limitadas, casi siempre existen dudas. Los escrúpulos no quedan acallados. Se mide el resultado por un factor *x* que constituye la instancia decisiva incondicional sobre el fallo condicionado. Pero si esta apelación a un fallo mejor y más alto es clara y decidida, el criterio acerca de lo que constituye, en rigor, el criterio superior de medida no es siempre claro.

Para algunos, aquel factor *x* es su *concepción del mundo*. Aquí, no diremos nada contra esta expresión, pero si contra la tranquilidad que se siente al pronunciarla. En realidad, hay que seguir indagando hasta ver qué es lo que se entiende, en

puridad, por *concepción del mundo*. Como no puede significar más que un método abolutamente válido para determinar y dirigir de un modo unitario todas las experiencias concretas concebibles, surge el problema de definir con más precisión ese método de ordenación al que ahora se da el nombre de *concepción del mundo*, esclareciendo ante nosotros mismos su modalidad necesariamente condicionante.

Y aquí, los llamados a velar profesionalmente por el Derecho pueden brindar un magnífico ejemplo a cuantos les rodean. No es ésta la primera vez que se advierte que el estudio de la jurisprudencia es la mejor escuela para el estudio de la lógica y de la crítica del conocimiento en general. Pero la familiarización con la idea del Derecho es también un excelente medio para orientar el espíritu, en la misma dirección, hacia una concepción fundamental de la vida humana. Lo mismo como advertencia negativa que como consejo positivo.

Quien se esfuerce en sustraerse alas cuestiones concretas y limitadas y en encontrar un punto de apoyo firme e incondicionado, fácilmente se dejará arrastrar por un impulso fáustico. Investigará inútilmente en busca de un conocimiento que, teniendo como objeto una materia limitada, aspira a conseguir una validez absoluta. Esta contradicción lógica, irreductible, devorará los esfuerzos del investigador. Es la contradicción entre la idea y la realidad, la distinción entre la idea meramente ordenadora de la armoía absoluta de todas las experiencias concebibles y las persepciones materiales y las aspiraciones como materia sobre la que versa esa ordenación, la que se interpone aquí ante muchos y les opone fuertes dificultades.

La teoría crítica del Derecho puede ser el medio para resolver esas dificultades, pues constituye, evidentemente, el mejor ejemplo ilustrativo de aquella distinción. Demuestra la imposibilidad de un Derecho ideal que encierre a la par normas e instituciones de alcance limitado y una tracendencia absoluta para todos los tiempos y todos los pueblos (V, I). Y, por otra parte, no se aferra a la materia condicionada de lo concreto y lo positivo, sino que pone de relieve cómo todas las aspiraciones sueltas encuentran su unidad en un método formal siempre uniforme cuyo pensamiento directivo coincidente se llama *Justicia*.

***Los juristas* -dice Ulpiniano al comienzo del Corpus juris- *somos sacerdotes, pues velamos por la Justicia y difundimos el conocimiento de lo bueno y de lo justo*.**

La idea absolutamente vigente no es, pues, ningún objeto de la experiencia material y sensible que ha de ir a buscarse allí donde, como dice el dicho, *los objetos chocan ásperamente unos con otros dentro del espacio*; la idea debe considerarse más bien como una estrella polar hacia la que se levanta la vista para orientarse por ella, pero no para alcanzarla. Por eso la función críticamente fundamentada del juez no debe perder de vista el Derecho de las condicionalidades históricas. La tramitacion e incluso la simple descripción de un litigio juridico revela la necesidad de abandonar las *nubes*, desde las que se atalaya el todo, para volver a hundirse en el polvo de las tareas cotidianas. *¡Mirad a las estrellas, pero sin perder de vista las calles!*.

Cuanta mayor sea la nitidez con que se perciba el valor exclusivamente orientador de la idea, mayores serán la alegría y el buen humor con que le afrontará la elaboración original de la materia empíricamente condicionada de nuestra

experiencia hasta sus más pequeños y nimios detalles. Las únicas dudosas son las generalizaciones relativas de posibilidades limitadas, rayanas no pocas veces en el peligro de una *pseudo-ciencia*. Frente a este peligro, debe servir nuevamente de modelo y de estímulo para seguir ahondando en la reflexión la actuación del juez, cuando se halle metódicamente bien orientada.

En la actuación práctica, lo más importante es tener siempre presente, metódicamente, el enlace de la idea de unidad con los casos particulares. El lector recordará que la ley ordena frecuentemente al juez que elija la norma aplicable no por la vía técnica exclusivamente, sino en el sentido de la rectitud fundamental. Más arriba (V, 3 ss.), hemos estudiado especialmente el proceder metódico del juez. Detengámonos a examinar aquí un poco más de cerca, en su aplicación, este aspecto de la función del juez.

2. El Derecho aplicable

El primer problema que se le plantea a la actividad práctica del juez es el del Derecho que debe servir de base al fallo. Es el orden jurídico del propio país, casi siempre, el que tiene que suministrar la norma para la decisión. Pero, a veces, el mismo se remite a un Derecho extranjero, y en asuntos internacionales, y en ocasiones también en asuntos eclesiásticos, puede plantearse la necesidad de atender al Derecho no nacional. Pero, dentro de los límites del Derecho del propio Estado, surge con fuerza renovada el problema de saber qué normas jurídicas serán las aplicables en el caso que se trate de ventilar.

Puede ocurrir que tras este punto de vista que se presenta inmediatamente pase a segundo plano o se borre por entero otro punto de vista de distinta modalidad, a saber: el del camino metódico por el que se puede fundamentar la rectitud fundamental de una determinada voluntad juridica.

No hace falta pararse a demostrar que se trata de dos problemas totalmente distintos. La posibilidad de elegir con metódica seguridad la norma juridica fundamentalmente justa constituye, evidentemente, la premisa lógica para que pueda realizarse, de hecho, esa opción; en cambio, las normas legales donde se dispone que se juzgue, no ateniéndose a los artículos técnicamente plasmados de la ley, sino con arreglo al Derecho justo que se elija como tal sienta, no menos evidentemente, la premisa práctica para que el juzgador pueda optar.

Hasta aquí, sólo nos hemos ocupado del primero de los dos problemas a que aludimos; examinemos ahora el segundo, que encierra no pocas consscuencias interesantes para una justa descripción y valoración de las funciones judiciales. En el Derecho alemán vigente, nos encontramos con un punto de vista divergente según la clase de Derecho de que se trate.

En el Derecho penal, prevalece, en cuanto a la punibilidad, el criterio de que sea el articulado de la ley el que decida. Una acción sólo es punible cuando el hecho se halle castigado con una pena por la ley en el momento de realizarse. Es una consagración consciente del principio del Derecho técnicamente elaborado. El recurso de los viejos tiempos de la justicia de Gabinete contribuyó mucho, indudablemente, a la implantación de este principio. Situaciones como las que se describen en Emilia Galotti o en Cábala y Amor llevaron a la conclusión de que era preferible exponerse a resultados

objetivamente poco justos que no al peligro de la arbitrariedad subjetiva en la punición. Así se explica que en estos últimos tiempos haya podido discutirse la posibilidad del robo de electricidad con arreglo al Derecho penal, mientras que el problema de la indemnización de daños y perjuicios según el art. 826 del Código civil no ofrece la menor duda, en este caso como en los demás: quien, atentando dolosamente contra las buenas costumbres, infiere un daño a otro, está óbligado a indemnizárselo.

El régimen del Código civil, en este punto, es un régimen de transacción. Muchas veces, incluso en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo, cuando se emplea el giro del principio de la buena fe, que domina el Código civil, este giro sólo encierra un cincuenta por ciento de verdad. Dondequiera que se establezcan requisitos formales para un negocio jurídico, queda excluída su aplicación; hay, además, gran número de normas que establecen de modo imperativo los requisitos y los efectos de un acto jurídico, sin dejar el menor margen a la consideración de si su resultado es o no fundamentalmente justo. Ya más arriba (VI,4) hemos tenido ocasión de ver que el legislador tiene que utilizar y valorizar con habilidad las dos posibilidades con que volvemos a encontrarnos aquí. La práctica judicial no puede perder de vista esto. En un litigio jurídico muy discutido, la parte que había hecho la oferta de contrato impidió fraudulentamente que se recibiese en tiempo oportuno la aceptación; lo justo, en este caso, sería reconocer, no la existencia de un contrato, sino un deber de indemnización por acto ilícito.

El Derecho administrativo va, en muchos respectos, más allá que el Derecho civil. Su modo de proceder recuerda a veces la situación en que se desarrolla la jurisprudencia clásica de los romanos. Aquí, los artículos técnicamente elaborados de la

ley no desempeñan un papel tan importante como en el Derecho penal y el Derecho civil. Queda un margen mucho mayor para enjuiciar con arreglo al criterio de la rectitud fundamental. Un ejemplo notable lo tenemos en el art. 226 del Código civil, en el llamado artículo del embrollo: *El ejercicio de un derecho* -dice el citado artículo- *será ilícito cuando no pueda tener más finalidad que causar un daño a otro*. Esta norma fue introducida en el Código, a última hora, por la Comisión del Reichstag. Es una norma bien intencionada, pero no responde a su finalidad última. Toda intención egoísta dirigida a obtener una ventaja fundamentalmente injusta para el propietario convierte en lícito ante el Código civil un ejercicio del derecho de propiedad que en principio sería reprobable. Así concebido, aquel artículo aparece precisamente como una norma positiva del Código civil, que, por tanto, no es aplicable sin más en el Derecho privado de los diversos países del Reich, ni mucho menos en el Derecho administrativo. Aquí, a falta de preceptos especiales del orden jurídico en un sentido general, regirá el principio que el Código civil suizo (arto 2, 2) formula, en términos generales, así: *No se proteje jurídicamente el abuso manifiesto de un derecho*.

El propietario de unos terrenos de huertas fundó una colonia obrera que acabó convirtiéndose en una plaga para toda la vecindad. Los obreros de la colonia pegaban fuego a cada paso a los campos vecinos. El hortelano pretendió levantar una nueva colonia en una finca grande enclavada cerca de allí, construyendo barracas de trabajo, con dormitorio y cocina para los guardias. Ante la protesta de los vecinos, el Tribunal administrativo, decidió denegar la autorización para la colonia, entendiendo que el interés superior era el que asistia a los demandantes y que la colonia proyectada suponía realmente un peligro para las fincas vecinas. No es difícil

reconocer en los fundamentos bien razonados que sirven de base a esta sentencia los pensamientos metódicos fundamentales tantas veces subrayados aquí. En la práctica extensa de nuestros Tribunales administrativos brillan, por regla general, acertadamente, como en este caso, los principios del Derecho justo.

3. Disensiones en el Derecho

La campaña de los Siete contra Tebas había terminado con un fracaso. Los dos hijos del desgraciado Edipo habían perecido en fraticida lucha el uno contra el otro, uno defendiendo el solar patrio, otro atacando su propia patria, en delito de alta traición. El primero fue enterrado con solemnes honras fúnebres; el cadáver del segundo quedó insepulto, como botín de las alimañas, para que, según la fe de aquellos tiempos, su alma no encontrase el descanso ni la entrada en el mundo ultraterreno. Así lo dispuso, bajo pena de muerte, Creonte, tirano de Thebas, en uso del poder jurídico que le competía. Pero el sentimiento piadoso de Antígona, la hermana de los muertos, no podía tolerarlo. Se dirigió subrepticiamente hasta donde estaba el cadáver de su hermano y, espolvoreándolo con tierra, lo rescató de la maldición que sobre él pesaba. Antígona fue descubierta y conducida ante el tirano. *¿No conocías las órdenes del Estado?* -le preguntó éste-. *¿Por qué te rebelaste contra los dictados de la ley? Sí las conocía* -contestó Antígona-, *pero no las considero buenas ni justas. Esos dictados son palabras perecederas del hombre, contrarias a los mandatos de los dioses que llevamos grabados en nuestro corazón. Y estos mandatos no son de hoy ni son de ayer; no existen desde siempre y nadie sabe cuándo empezaron a regir*.

Y así, se traba un diálogo maravilloso y se cruzan pensamientos a cuyo lado palidecen como faltos de interés esos dramas psicológicos puramente descriptivos. Frente a aquella afirmación y al criterio al que se unen también Hemón y Teiresias, Creonte invoca la majestad del Derecho estatuído. No puede haber cosa peor para un Estado que la falta de poder y la fluctuante arbitrariedad; *en cambio, allí donde reina firmemente el orden la obediencia asegura la salvación de muchos hombres; por eso es necesario defender lo que está ordenado*.

He aquí, planteado en términos de gran emoción, el conflicto entre el Derecho positivo y la idea de la justicia fundamental. Este conflicto jamás puede eludirse por completo en las oosas humanas. El legislador no puede renunciar, en muchos casos, a formular por sí mismo la norma aplicable, y en interés de la seguridad juridica se ve obligado a hacerlo, con frecuencia, de un modo imperativo (VI, 4) Pero, por mucho que se esfuerce en acertar, sus actos llevan siempre el sello de la debilidad inherente a toda obra humana: son siempre, por fuerza, imperfectos. Y por todas partes se oyen quejas y protestas porque la aplicación de las normas técnicamente elaboradas no consigue dar en el blanco de lo justo.

¿Qué hacer, en estos casos?

Estas disensiones ni pueden evitarse incondicionalmente ni pueden remediarse de un modo absoluto. El Derecho es, en cuanto a su concepto, inviolable y no puede desdeñarse e infrirgirse en un caso concreto (II, 5). Pero, en cuanto a su idea, -una vez definido y deslindado conceptualmente- no es más que un medio para el fin de una convivencia justa y no puede erigirse, como Derecho históricamente condicionado, en fin último de la voluntad humana. Otra cosa sería incurrir

en la sentencia de Terencio: *Summum ius, summa iniuria*, el Derecho positivo elevado a suprema ley es la suprema injusticia.

La posibilidad de un conflicto entre la ley y la justicia, entre el Derecho determinado conceptualmente y el Derecho idealmente orientado, es, pues, inevitable. Es éste un antagonismo al que Kant dió el nombre de *Conflicto entre las Facultades* y que aquí se presenta como el conflicto entre la Facultad de Filosofía, con su Derecho natural (V, I), tal como Kant lo concebía, y la Facultad de Derecho, con su Derecho positivo. Claro está que Kant sólo enfocaba este problema desde el punto de vista del desarrollo general del Derecho y no desde el punto de vista de la misión del juez.

En este problema, hay que distinguir entre la posición de los individuos miembros de la comunidad jurídica, como tales, y la posición del juez.

Todo miembro de la comunidad deberá esforzarse en conseguir que el orden jurídico vigente se mejore y le llegue el Derecho justo. Pero si, en Un caso concreto, no se logra esto, no le queda más camino, indudablemente, que someterse al Derecho positivo y, si se deja ganar por el grito de su conciencia rebelde, atenerse a las consecuencias de su rebeldía. Este punto de vista ha sido desarrollado frecuentemente en el transcurso de la Historia. Nos limitaremos a recordar la hermosa obrita de Lutero que lleva por título: Hasta qué punto debe Cristo obediencia a la autoridad.

La violación arbitraria del Derecho existente, subsistiendo este en vigor, no puede considerarse nunca justificada. Ante un Derecho no justo, lo que hay que hacer es conseguir que se lo sustituya por otro justo. Esto puede lograrse, en primer

lugar. por la vía de la creación derivativa de Derecho, ateniéndose por tanto, a los preceptos que el propio Derecho vigente establece con vistas a su posible modificación; en caso de necesidad, puede acudirse también a la vía originaria: *Cuando el hombre oprimido no encuentra el Derecho en parte alguna y la carga se le hace insoportable, recurre con sereno espíritu al Cielo, donde sus derechos eternos penden, inalienables e indestructibles, como las mismas estrellas*.

Cómo debe explicarse científicamente el proceso de la creación oríginaria del Derecho, ya lo hemos expuesto más arriba (III, 3).

Para el juez, no existe la posibilidad de modificar así el Derecho, por la vía originaria. El juez es independiente de los demás hombres (VII, 2), pero se halla sometido siempre a la ley. Aun en los casos en que el contenido de la ley no sea justo.

El juez sólo puede proceder a discurrir y elegir criterios fundamentalmente justos que le sirvan de normas de juicio, cuando el propio Derecho vigente se remita a ellos (VIII, 2). Puede ocurrir que no diga nada acerca de un caso cualquiera, que la ley técnicamente elaborada presente una laguna. Tal vez no exista tampoco Un precepto semejante, que permita inferir la intención de la ley para otros casos parecidos, por la vía de la llamada *analogía de leyes*. En estos casos, es indudable que el juez recobra su libertad de opción para elegir el Derecho justo; al hacerlo, maneja lo que los juristas llaman *analogía de Derecho*, lo que el Proyecto I del Código civil alemán (1888), en su art. I, denominaba el *espíritu del orden jurídico* y el Código civil suizo, art. I, expresa diciendo que, en estos casos, el juez debe decidir *como si fuese el legislador*.

Pero, fuera de estos dos supuestos: autorización por parte de la ley o lagunas en el texto de ésta, el juez no tiene más camino que acatar y aplicar sin vacilación el Derecho vigente. Tiene que velar por la justicia en la primera acepción de esta palabra (IV, 1): mantenerse firmemente junto al Derecho, defender el Derecho contra la arbitrariedad.

No es bueno limar y pulir un resultado desagradable o francamente injusto del Derecho vigente hasta conseguir un resultado intrínsecamente mejor, pero en realidad ilegal. No; el juez debe tener el valor de aplicar también un Derecho injusto, cuando la ley lo exija. Pues peor que dar una solución desagradable a un caso aislado es destruir lo que Kant ha llamado la *fuente del Derecho*: la confianza en el Derecho en general y en su carácter inviolable, mientras rija como tal Derecho.

4. La gracia

La gracia no es función del juez. Es de la competencia de otros órganos del Estado. A veces, es emanación del Poder legislativo, como ocurre en los casos de amnistías numerosas; otras veces, la mayoría, constituye un acto admmistrativo de autoridades facultadas especialmente para ejercer esta función.

Pero la gracia viene precisamente después de un fallo judicial. Su finalidad es rectificar el contenido de éste. Esto hace que guarde una relación intrinseca con las funciones y la misión del juez, razón por la cual debemos examinarla brevemente aquí, para ver cual es su carácter esencial y su verdadera finalidad.

Aquí, sólo nos interesa la gracia como institución jurídica. Dejamos a un lado toda referencia al pensamiento de la gracia divina, lo mismo que la sustracción de la gracia regia en ciertos períodos de la Historia, sobre todo en la época de los francos. Asimismo nos limitaremos a la gracia como función de los órganos de Derecho público; la renuncia a ciertos derechos privados por el titular de ellos constituye un problema aparte.

Como institución juridica frente a las funciones del juez, la gracia arranca de los orígenes del Estado de Derecho (VII, 3). Poco tiempo antes de instaurarse éste, la institución de la gracia suscitaba, en bloque por principio, incluso hostilidad. AlgunoS escritores la consideraban incompatible con la seguridad y la independéncia de los Tribunales. Su lema era más bien el del emperador Fernando II : *¡Fiat iustitia et pereat mundus!*

Otros se oponían a esto, alegando que era un postulado de *prudencia política* no estirar demasiado la cuerda. La *política* exigía, según ellos, sustituir a veces la severa justicia por la *clemencia* o la *benevolencia*. Era ĺa imagen aventurada de la gracia como *válvula de seguridad* del Derecho. Pero esta imagen no resolvía el problema.

Para llegar a su solución, hay que dejar a un lado los abusos personales. *Abusus non tollit usUm*. Lo que hay que examinar es si el concepto de la gracia responde o no a Una razón objetivamente legítima. Nosotros entendemos que sí.

La razón de ser de la grácia en el Derecho estriba en los límites necesarios con que tropieza -como veíamos en el apartado anterior- la actuación del juez. La vinculación del juez al Derecho existente es el nervio vital de su función. La necesidad de evitar actos de arbitrariedad tal vez bien

intencionados, la necesidad de atenerse al Derecho que rige como Derecho y que como tal debe permanecer, hace que a veces el contenido de un fallo judicial no pueda orientarse intrínsecamente por la idea del querer puro dentro de la convivencia de la sociedad de que se trate, precisamente porque el Derecho vigente, en sus normas obligatorias, no lo permite.

Aquí es donde la gracia tiene su radio de acción. Este correctivo del fallo judicial tiene la ventaja general de dejar en pie una ley imperativa cuya formulación técnica apunta bien al promedio de los casos litigiosos, mantenida y aplicada por Trlbunales imparciales e independientes. La gracia se encarga de pronunciar el Derecho justo en un caso concreto que represente una excepción y no justifique la modificación de la ley.

De este modo, la gracia se articula armónicamente dentro de la concepción fundamental de un buen régimen jurídico. Huelga decir que no debe expresarse con las cínicas palabras de *Tel est notre plaisir*. La gracia es un medio para que, en una situación dada, prevalezca el Derecho justo.

Una inseguridad con arreglo al Derecho positivo puede también, en un caso dado, justificar la gracia. Puede ocurrir que los hechos enjuiciados no estén suficientemente esclarecidos. Ya no rige la norma antigua que sólo permitía condenar al acusado confeso de su delito, norma que hacía que se le torturase hasta arrancarle una confesión. Hoy, puede condenarse por indicios, y esto deja margen a dudas cuando el condenado no haya confesado los hechos que se le atribuyen. Finalmente, cabe también la posibilidad de que sea inseguro el sentido de las normas jurídicas aplicadas por el

Tribunal y que esto deje margen para el ejercicio del derecho de gracia.

En cuanto al método que ha de seguirse para justificar la legitimidad fundamental de un determinado acto de gracia, tiene que ser, evidentemente, el mismo que el empleado por el juez, en los casos en que la ley lo autoriza a ello, para elegir el Derecho fundamentalmente justo que ha de aplicar. Pero aquí debe tenerse en cuenta que la gracia puede presentarsé también *a posteriori*. En efecto, puede ocurrir que se crea oportuno ejercer el derecho de gracia para rectificar efectos jurídicos que, si bien estaban justificados en el momento en que se dictó el fallo judicial reconociéndolos, no lo están ahora en la misma medida, por haber cambiado la situación. La rectificación de las transgresiones cometidas por un delincuente puede resultar superflua en vista de su conducta personal o del perdón razonado y formalizado por la persona lesionada, y, en delitos políticos, al cambiar la situación vigente en el Estado.

La gracia viene, pues, a complementar la actuación del juez y es también, en el fondo, un medio para la consecución del Derecho justo; pero en el modo de funcionar ambas posibilidades existe una diferencia esencial. El juez ejerce su cargo y su función como un deber, mientras que la gracia se ejerce como una facultad del llamado a otorgarla. Los mandatos del Derecho se cumplen por el juez; *la gracia no admite coacción*. De otro modo, se convertiría en un fallo judicial, cosa que no es ni debe ser.

5. Justicia y amor

Hace unos cien años, vivió y actuó en la práctica jurídica Carlos Federico Göscel, una de las figuras más interesantes de juez de aquella época, un hombre reflexivo que se esforzó siempre en establecer su profesión de juez sobre el mejor fundamento que fuese capaz de encontrar. Sus escritos y sus libros han brotado directamente de la práctica jurídica y revelan una pugna constante por dar al estudio jurídico y a la actividad judicial la superior consagración de una concepción de la vida de validez universal y de profunda fundamentación.

Göschel había nacido en Langensalza, en 1784; sUs actividades se desarrollaron siempre en la práctica jurídica. Después de 25 años de actuación práctica, siendo magistrado de la Audiencia territorial de Naumburg, publicó su obra principal: Hojas dispersas de los apuntes y cuadernos de un jurista (1832). El subtítulo de la obra era: Cosas científicas e históricas sacadas de la teoría y la práctica o de la doctrina y la vida del Derecho. Göschel fue nombrado luego *Asesor del Ministerio de Justicia* de Berlín, más tarde *Consejero de Estado* y *Presidente del Consistorio* de la provincia de Sajonia; en 1848, se retiró del servicio activo y murió en 1862. En 1835 y 1837 se publicaron dos nuevos volúmenes de su obra.

Los esfuerzos todos de Göschel giraban en torno a un punto central: la incorporación de la idea del amor a los problemas del Derecho y la justicia. Para él, no existe Derecho sin amor. Con un razonamiento un tanto teológico, invoca, en apoyo de su tesis, la analogía con la Trinidad. Así como en ésta Dios está sobre nosotros, con nosotros y deutro de nosotros, la senda del Derecho es: obediencia, libertad y amor. La humanidad, compuesta por una multitud de personas, aparece unida en un único sér: aquí es donde radica el concepto de la personalidad, que se da por Igual en todos los individuos y los une en derechos y deberes. Por este camino

de razonamiento llega nuestro escritor a la tesis de que *el Derecho se identifica con el amor*.

Este pensamiento, formulado en toda su agudeza, podría conducir derechamente a la sustitución del concepto del Derecho por el del amor. El Derecho, entonces, no tendría razón de ser. Si los hombres se rigiesen siempre por el amor, sobraría toda ordenación jurídica. Esta sólo tendría que intervenir, según la concepción a que nos referimos, como en el poema de Schiller titulado El paseo: *¡Oh, texto amable de la ley, del dios conservador del género humano allí donde del férreo universo huyó el amor!*

Entre los autores modernos, hay que citar aquí, especialmente, a Tolstoi, según el cual todo el problema social se reduce a que los hombres *se sirvan* los unos a los otros. Por este camino, llega Tolstoi a una variante del anarquismo y se convierte en enemigo por principio del Derecho. Pero tampoco estaba muy distante de este punto de vista el propio Lutero. Según él, si el Derecho era necesario para que los hombres buenos no fuesen maltratados por los malos, era simplemente porque los buenos cristianos *se hallaban distanciados entre sí*. Estas concepciones y otras semejantes no pueden ser compartidas. Y no precisamente por consideraciones de orden práctico, que, indudablemente, sólό podrían llevarnos a resultados fragmentarios y fortuitos, sino por razones claras y como una consecuencia necesaria de premisas incontrovertibles.

El concepto de la vida social responde a una necesidad. Surge de la mera convivencia de varios individuos. En esta convivencia, no tienen más medio que establecer una relación entre sus aspiraciones, enlazadas mutuamente como medios y como fines. Ni el mismo Tolstoi puede prescindir de esto. La

vinculación de los diversos contenidos de voluntad de los individuos que conviven es, por tanto, lógicamente inexcusable. Esto plantea el siguiente problema a la vida social: hacer que esta vinculación necesaria de las voluntades humanas sea, además, objetivamente justa. Y así, aparece como un concepto necesario, siempre por la vía del razonamiento consecuente, el concepto del Derecho. Por el mero hecho de invocar el amor, no se excluye, ni mucho menos, el anterior razonamiento.

Sin embargo, la tesis de Göschel, expuesta más arriba, quiere decir también, indudablemente, que aunque el Derecho existiese conceptualmente para cumplir su cometido dentro de la conVivencia humana, el amor es *la verdad* del Derecho, es decir, su punto de mira. En este sentido, no se pretende suplantar el concepto del Derecho por la idea del amor, sino que se quiere que éste, el amor, sea una descripción de la idea de la justicia, una explicación de esta idea. Pero tampoco esta segunda manera de concebir las relaciones entre la justicia y el amor puede considerarse acertada.

El amor no es sino la entrega abnegada a los fines de otro. Tampoco esta entrega debe manifestarse de un modo no justo. No debe ser la emanación de un impulso egoísta, como Ibsen, partidario también, a veces, de la concepción anarquista, le reprochaba a uno de los personajes de su drama Nora: *Jamás me has amado; lo que pasa es que te divertía estar enamorado de mí*. Precisamente en la vida social es donde el amor puede tender más a manifestarse irracionalmente, como *amor de simios*, sin tener en cuenta la advertencia de Schefer: *Por eso el hombre debe aprender también a amar*.

Llegamos, pues, a la conclusión de que el problema de esclarecer críticamente las condiciones necesarias de la justicia social es un problema que no se puede eludir. La simple referencia al postulado del amor no nos dice cuales son esas condiciones de conocimiento que informan la idea de la rectitud fundamental de un Derecho.

Cabe aún un tercer modo de concebir el amor también dentro de la vida social: el de concebirlo, no como substitutivo de la justicia ni como descripción de ella, sino como complemento suyo, en su proyección activa.

El definir lo que es y significa el Derecho y la justicia representa la solución de un problema científico. Pero ninguna ciencia ofrece más que las posibilidades de lo justo. Lo que la ciencia no puede conseguir, como tal ciencia, es que estas posibilidades se conviertan en realidad, dentro de la vida del hombre. Para esto, es necesario entregarse a lo justo; en nuestro campo al Derecho justo. Pero esta entrega sólo puede asegurarla la orientación religiosa. La tendencia a la unidad, que aparece desdoblada, de una parte, en la ciencia de los fenómenos de la naturaleza, y de otra parte en la ciencia que versa sobre los contenidos de las aspiraciones humanas, busca y encuentra su remate perfecto en la doctrina y en la práctica de la religión.

Es aquí donde el pensamiento y el postulado del amor, como la entrega devota a una voluntad fundamentalmente justa, encuentra su inexcusable campo de acción. Al entroncarse necesariamente con el Derecho, enlaza la misión del juez con el todo de la vida espiritual. Partiendo del concepto del Derecho, como cimiento fírme de la misión judicial, el razonamiento avanza y se remonta hasta la idea de la justicia, para demostrar la posibilidad de que el contenido del Derecho

conceptualmente determinado conduzca a un resultado justo. Un paso más, y situamos la hermosa meta a quc el juez tiene que tender en su diaria tarea dentro de la perspectiva de actuación armónica que con tanto acierto pinta el verso de Rückert:

Sólo allí donde se enlázan la justicia y el amor
se expía la culpa humana y se redime el pecador